J. rom. m. Bechmann
33 nf /Z

<36629985070015
<36629985070015
S

Bayer. Staatsbibliothek

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

DER KAUF

NACH GEMEINEM RECHT

VON

DR. AUGUST BECHMANN,
PROFESSOR IN BONN.

ZWEITER THEIL.

ERLANGEN,
VERLAG VON ANDREAS DEICHERT.
1884.

SYSTEM DES KAUFS

NACH GEMEINEM RECHT

VON

D^R. AUGUST BECHMANN,

PROFESSOR IN BONN.

ERSTE ABTHEILUNG.

~~mehr ist nicht erschienen.~~

ERLANGEN,

VERLAG VON ANDREAS DEICHERT.

1884.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Inhaltsverzeichniss.

Erstes Buch.

Grundlagen.

Erstes Kapitel.

Das Rechtsgeschäft im Allgemeinen.

		Seite
§. 99.	Einleitung	3
§. 100.	Rechtsgeschäft und Produktion von Rechtsgütern	4
§§. 101—112.	Die empirische Absicht des Rechtsgeschäfts	6
§§. 113—117.	Die Sanktion der empirischen Absicht	37
§§. 118, 119.	Verhältniss von Verpflichtung und Veräusserung	51
§. 120.	Ergänzung der empirischen Absicht durch die Sanktion	56

Zweites Kapitel.

Der Kauf als Rechtsgeschäft.

§§. 121, 122.	Die empirische Absicht des Kaufes	59
§. 123.	Die Sanktion, insbesondere bezüglich der Erwartung des definitiven Behaltens der Sache	65
§. 124.	Kauf mit der Verpflichtung der Eigenthumsübertragung	70
§. 125.	Kauf der eigenen Sache	74
§. 126.	Verhältniss der kaufrechtlichen Sanktion zum Eigenthumssystem	77
§§. 127—132.	Vertrag und Vollzug	82
§. 133.	Der nicht unmittelbar vollziehbare Kauf	96
§§. 134, 135.	Uebergang der Gefahr	99
§. 136.	Ergänzungen der Parteiabsicht	106
§. 137.	Das Gleichgewicht der Parteien innerhalb des gemeinrechtlichen Systems	107
§. 138.	Die speculative Absicht und die handelsrechtliche Sanktion	112

Seite

Drittes Kapitel.

Kaufobject und Kaufpreis.

§. 139. Einleitung 116

Erster Abschnitt.

Das Kaufobject.

§. 140. Allgemeine Merkmale 117
§. 141. Die Sachen 120
§§ 142—144. Dingliche Nutzungsrechte 123
§. 145. Immaterialgüter und sonstige Objecte des heutigen Rechts 132
§. 146. Forderungen 134
§. 147. Vermögensgesammtheiten 136
§. 148. Der Kauf im Familien- und im öffentlichen Rechte . . 138
§. 149—151. Objecte, welche nicht gekauft werden können. Affekte (Hoffnungskauf). Entgeltliches Aufgeben dinglicher Rechte 140

Zweiter Abschnitt.

Der Kaufpreis.

§. 152. Allgemeine Merkmale 146
§. 153. Insbesondere das pretium iustum 148
§. 154. Geld als Kaufobject 153

Viertes Kapitel.

Verhältniss zu verwandten Rechtsgeschäften.

§. 155. Uebersicht 159

Erster Abschnitt.

Verhältniss zum Miethvertrag.

§§. 156, 157. Locatio conductio operis 160
§. 158. Sachenmiethe 166
§. 159 Dienstmiethe 168

Zweiter Abschnitt.

Verhältniss zum Tausche.

§§. 160—162. 170
§. 163. Tausch und Hingabe an Zahlungsstatt 175

Seite

Fünftes Kapitel.

Die Zweiseitigkeit des Kaufvertrags.

§. 164. Allgemeine Erörterung 180

Erster Abschnitt.

Das hinkende Geschäft.

§. 165. Abgränzung und Uebersicht 183
§§. 166—168. Das Kaufgeschäft des Sklaven 185
§§. 169—172. Das Kaufgeschäft des nicht autorisirten Pupillen . 193
§. 173. Der wissentliche Kauf der res furtiva , . 208
§. 174. Ergebnisse 210

Zweiter Abschnitt.

Der suspensiv bedingte Kauf auf Probe.

§§. 175, 176. Allgemeines über die Suspensivbedingungen: die Bedingung „si volam" 212
§. 177. Freies Urtheil eines Contrahenten als Bedingung . . 217
§ 178. Die Bestimmungen des positiven Rechts 220
§. 179. Der Kauf auf Probe als positivrechtliche Ausnahme Innere Berechtigung derselben 226
§. 180 Die Construktion in den Pandekten; in den Institutionen 233
§. 181. Theorie des Kaufs auf Probe im Einzelnen 239

Dritter Abschnitt.

Der Hoffnungskauf.

§. 182. Die Zweiseitigkeit des Vollzugs. Ausnahmen 252
§. 183. Zusammenhang des Hoffnungskaufes mit der vertragsmässigen Uebernahme der Gefahr 253
§§. 184, 185. Verwandte Fälle , 257
§ 186. Rückblick 259

Zweites Buch.

Der Abschluss des Kaufvertrags.

Erstes Kapitel.

Verpflichtung zur Eingehung des Kaufvertrags.

§. 187. Abgränzung und Uebersicht 263
§. 188. Gesetzliche Verpflichtung 266
§ 189. Verpflichtung durch letztwillige Anordnung 267

Seite

§§. 190—194. Der einseitige Vorvertrag 270
§. 195. Der zweiseitige Vorvertrag 281

Zweites Kapitel.

Die Subjekte des Kaufvertrags.

§. 196. Die nothwendige Zweiheit. Vertragsabschluss mit sich selbst 284
§§. 197, 198. Collision von Pflichten. Collusion 290
§§. 199–202. Betrug 296
§§. 203–206. Zwang 307

Drittes Kapitel.

Die Bestimmung des Kaufobjects, des Kaufpreises und der Nebenleistungen.

§. 207. Uebersicht 318

Erster Abschnitt.

Die Bestimmung des Kaufobjects.

§. 208. Allgemeine Gesichtspunkte 319
§. 209. Bestimmung des Kaufobjekts nach individuellen Merkmalen (Specieskauf) 320
§. 210. Bestimmung durch Ausscheidung oder Abtrennung . . 322
§. 211. Bestimmung durch Wahl 326
§. 212. Rein generische Bestimmung (Lieferungsgeschäft) . . 330
§. 213. Bestellung einer anzufertigenden Sache 337

Zweiter Abschnitt.

Die Preisbestimmung.

§. 214 Begriff und Bedeutung des pretium certum 338
§. 215. Abstufungen in der Bestimmung des Preises 340
§. 216. Bestimmung durch künftige Merkmale 342
§. 217. Bestimmung durch einen Dritten 344
§. 218. Bestimmung durch eine der Parteien 347
§. 219. Bestimmung als pretium iustum 348
§. 220. Heutiges Recht 351

Dritter Abschnitt.

Verbindung mehrerer Kaufobjecte.

§. 220a. Verschiedene Fälle 358
§§. 221, 222. Insbesondere Nebensachen 362

Seite

Vierter Abschnitt.

Vertragsmässige Nebenleistungen.

§. 223. Allgemeine Sätze 375
§. 224. Zweiseitige Nebenverträge; Nebenverpflichtungen auf Seiten des Verkäufers 378
§. 225. Nebenverpflichtungen auf Seiten des Käufers 384
§. 226. Zweckbestimmungen 387

Viertes Kapitel.

Der bedingte und der alternativ bestimmte Kauf.

§§. 227—228a. Der bedingte Kauf 395
§. 229. Der alternativ bestimmte Kauf 405
§§. 230, 231. Insbesondere der Trödelvertrag und der Verkaufsauftrag 409

Fünftes Kapitel.

Die Arrha.

§§. 232, 232a. Die Arrha beim Abschlusse des Vertrags . . . 415
§. 233. Die Arrha im Stadium der Vorverhandlungen 419

Sechstes Kapitel.

Existenz und Beschaffenheit des Kaufobjects.

§. 234. Einleitung 426

Erster Abschnitt.

Existenz des Kaufobjects.

§. 235. Allgemeine Sätze 427
§§. 236—239. Irrthum über die Existenz 429
§. 240. Sachen ausserhalb des Verkehrs 439

Zweiter Abschnitt.

Beschaffenheit des Kaufobjects.

§. 241. Die rechtliche Bedeutung der Beschaffenheitsmerkmale im Allgemeinen 446
§§. 242—244. Irrthum über die Beschaffenheit (s. g error in substantia) 449

Seite

Siebentes Kapitel.

Aufhebende Verträge.

Erster Abschnitt.

Aufhebung durch selbständigen Vertrag.

§. 245. Die rechtliche Natur des contrarius consensus 469
§. 246. Rückgängigmachung bei vorliegendem Vollzug 476
§§. 247, 248. Nachträgliche Abänderungen. Renovation und Modifikation 480

Zweiter Abschnitt.

Aufhebende Nebenverträge.

§. 249. Allgemeiner Charakter derselben 487
§. 250. Erstreckung der Contraktsklagen auf dieselben. Dingliche Wirkung 495
§§. 251—253. Die addictio in diem 502
§§. 254—255. Die lex commissoria 519
§. 256. Sonstige Vorbehalte zu Gunsten des Verkäufers . . . 532
§. 257. Rücktritt des Käufers auf Grund eintretender Mängel 537
§. 258. Das s. g. pactum displicentiae 544

Achtes Kapitel.

Analogieen des Kaufvertrags.

§. 259. Allgemeine Gesichtspunkte 556
§. 260. Vertragsmässige Hingabe an Zahlungsstatt 557
§. 261. Aestimationsverträge , ... 560
§. 262. Expropriationsrechte 566
§. 263. Bezahlung der Litisaestimation; beneficium cedendarum actionum; Erwerb der Pfänder von Seiten des Bürgen 567

Zusätze und Berichtigungen.

(Der Druck dieses Bandes hat Ende Juli 1883 begonnen.)

Zu S. 4 vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9 S. 169.

Zu S. 6. Auch die neueste Schrift über die Specification, von Sulzer, ist auf die positive Beschaffenheit der Absicht nicht näher eingegangen. (S. 90.)

S. 16 A. 1 Zeile 2 ist nach „und" einzuschalten „die".

Zu S. 20 A. 1 am Ende vgl. jetzt auch Lotmar in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 368 fgg.

Zu S. 40 A. 1 vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9 S. 225.

S. 104 A. 1 Zeile 10 v. o. ist nach „mora" einzufügen „solvendi".

Zu S. 133 Ziffer 2 vgl. die bedenklichen Ausführungen in dem reichsgerichtlichen Urtheil vom 4. April 1883 (Entscheidungen Bd. 9 S. 106 zweiter Absatz). Mir scheint, dass die in der Hauptsache richtige Entscheidung auch auf anderem Wege hätte gewonnen werden können.

Zu S. 140 oben vgl. Pernice in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 5 S. 99 fgg.

S. 257 Zeile 16 v. o. lies „Käufer" statt „Verkäufer".

Ebendaselbst Anm. 3 ist hinzuzufügen: vgl. L. 4 D. eod. und unten S. 439.

S. 295 Zeile 6 v. o. statt „Collusion" lies „Collision".

S. 302 Anm. 2 statt „Kaufobjekt“ lies „Haus“.

S. 345 Anm. 2 lies 530 statt 536.

S. 348 oben lies §. 220^{a} statt §. 220.

S. 367 Anm. 4 Zeile 2 a. E. ist hinzuzufügen: „und L. 6 §. 4 D. de a. e. v. (19, 1).

S. 404 statt §. 228 lies §. 228^{a}.

S. 417 Zeile 1 oben lies „und“ statt „er“.

S. 450 Anm. 2 Sohm, Institutionen §. 29, S. 95 III.

Erstes Buch.

Grundlagen.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Erstes Kapitel.

Das Rechtsgeschäft im Allgemeinen.

§. 99.

Nach der zur Zeit in unserer Wissenschaft herrschenden Systematik ist der Kauf ein Rechtsgeschäft.

Mit diesem Prädicate ist im Allgemeinen ungefähr die Vorstellung verbunden, dass er nur in's Dasein tritt durch die darauf gerichtete Absicht der Parteien, die wir, insoferne sie äusserlich zur Erscheinung gelangt, als Willenserklärung bezeichnen; sodann aber, dass diese Absicht vom Rechte gebilligt und mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet ist.

Im Uebrigen ist bekanntlich der Begriff des „Rechtsgeschäfts" in der neuesten Literatur lebhaft bestritten; sogar das Recht der Existenz ist demselben abgesprochen worden. Eine erschöpfende Untersuchung der ganzen Lehre und namentlich eine eingehende Kritik der verschiedenen neueren Theorieen liegt natürlich nicht im Plane dieser Monographie. Hinwiederum aber kann doch die einer besonders wichtigen Art des Rechtsgeschäfts gewidmete Untersuchung sich der Vorfrage, ob denn überhaupt der Gattungsbegriff existirt und welches seine wesentlichen Merkmale sind, gerade bei dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft in keiner Weise entziehen. Die Antwort auf diese Vorfrage ist ohne Zweifel für die Specialuntersuchung selbst von grundlegender Bedeutung.

§. 100.

Unter den mancherlei Thatbeständen, an welche die Privatrechtsordnung Wirkungen anknüpft, nehmen diejenigen eine ausgezeichnete Stellung ein, innerhalb deren der menschliche Wille als wesentlicher Faktor erscheint.

In diesem Gebiete der „Handlungen“ treten dann weiter diejenigen als besonders wichtige Art hervor, bei welchen sich die Absicht im Einklang mit der Rechtsordnung befindet, dergestalt, dass die rechtliche Wirkung ganz im Allgemeinen als Sanktion des Einzelwillens bezeichnet werden kann.

Für diese Handlungen gebraucht eine nicht gerade sehr alte Terminologie den Ausdruck „Rechtsgeschäfte“ [1]).

Die Aufgabe ist nun vor Allem die, verwandten Verhältnissen gegenüber die Gränzlinie scharf zu ziehen. Auch hier ist die Gränzverwirrung die Mutter vieler Streitigkeiten geworden.

I. Völlig auszuscheiden sind alle die Thatbestände, welche zwar den Willen dessen, für den sie rechtliche Wirkungen erzeugen, als mitwirkenden Faktor enthalten können, aber nicht enthalten müssen; hier ist es eben deshalb gar nicht der Wille, welcher rechtlich sanktionirt wird.

Deshalb sind namentlich gewisse Thatbestände des dinglichen Rechtserwerbes keine Rechtsgeschäfte, obschon sie im einzelnen Falle absichtlich herbeigeführt werden können: Säen und Pflanzen, Vermischen und Vermengen. Auch die Vernichtung der Sache gehört hierher: die vermeintliche Absurdität, dass Verbrennen und Zerbrechen Rechtsgeschäft sei, ist lediglich eine selbstgemachte [2]).

Gerade solche Thatbestände werden uns im Verlaufe der Untersuchung noch öfter begegnen [3]).

1) Ueber Herkunft und Alter des Sprachgebrauches vgl. Schlossmann, Der Vertrag S. 133 fgg., Pernice, in der Wiener Zeitschrift VIII S. 465. Eine kritische Uebersicht der neuesten Literatur gibt Lenel in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 19 S. 154.

2) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 370; Pernice a. a. O. S. 494 fgg. — dessen eigene, schwer greifbare Formulirung mir trotz vielfacher Uebereinstimmung in den Resultaten nicht annehmbar ist. Lenel a. a. O. S. 160 Anm. 13.

3) Vgl. unten §. 117.

II. Es gibt ferner Thatbestände, für welche der Wille wesentlich ist und die wir gleichwohl von den Rechtsgeschäften scharf getrennt halten müssen [1]).

Hieher gehört die wissenschaftliche und künstlerische Production. Diese ist nicht möglich ohne Willen; sie ist mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet; und gleichwohl widerstrebt es, wie ich meinen sollte, dem einfachen Gefühle, das Dichten, Componiren u. s. w. dem Kaufen und Testiren gleichartig zu setzen.

Der Unterschied scheint mir in Folgendem zu liegen.

Es handelt sich in den hier bezeichneten Fällen um die Schaffung eines neuen Gutes, — und insoferne liegt eine Verwandtschaft mit den unter I besprochenen Thatbeständen des Säens u. s. w. vor, wodurch ebenfalls neue Güter oder neue Combinationen von Gütern geschaffen werden. Aber der Unterschied ist der, dass zwar in diesen letzteren, nicht aber in den ersteren Fällen die Erzeugung durch den blosen Natureffekt erfolgen kann. Gleichwohl ist die rechtliche Wirkung des Thatbestandes für beide Arten von Fällen insoferne gleichartig, als das neue Gut auch vom Rechte als solches anerkannt und behandelt wird — freilich im Uebrigen in sehr verschiedener Weise. Das Besondere in unseren Fällen, dass das neue Gut ohne Willen nicht entstehen kann, kommt rechtlich dadurch zur Geltung, dass dasselbe zu dem Hervorbringenden in Beziehung gesetzt wird, was in den Fällen der ersteren Art keineswegs der Fall ist [2]). Aber auch dort wird gar nicht die Handlung als solche rechtlich sanktionirt, sondern das Produkt derselben wird in den Kreis der rechtlich anerkannten und geschützten Güter einbezogen [3]).

1) Der im Folgenden hervorgehobene Gegensatz ist verkannt von Kohler in Ihering's Jahrbüchern Bd. 18 S. 134 fg. Nach ihm ist Rechtsgeschäft jede Handlung, aus welcher auf Grund der Billigung der Rechtsordnung rechtliche Wirkungen hervorgehen, welche nicht schon mit dem Natureffekt als solchem gegeben sind. Dagegen Lenel a. a. O. S. 160. Wach im Archiv f. d. civ Praxis Bd. 64 S. 239 A. 29.

2) Uebrigens tritt auch da wo das neue Gut ohne Willen nicht geschaffen werden kann — wie beim Bauen — diese Beziehung zum Hervorbringenden nicht nothwendig ein; es handelt sich hier überall um positive Bestimmungen.

3) Von der Unterscheidung der „Rechte" und der „rechtlich an-

Ganz in analoger Weise verhält es sich auch mit der „Zeugung“ im natürlichen Sinn, deren Verhältniss zum Rechtsgeschäft Manchem vielleicht schon eine geheime Beklemmung verursacht hat. Sie ist kein bloser Natureffekt; aber sie ist auch als „Handlung“ für die Privatrechtsordnung ganz irrelevant; das durch sie geschaffene Subject wird von dieser in Empfang genommen und insbesondere auch in Beziehung zu denen gesetzt, von welchen sein Dasein herrührt[1]).

Der einfachste Beweis für diese Sätze liegt darin, dass an den Willen selbst keinerlei rechtliche Anforderungen gemacht werden. Für die Zeugung ist dies zu allem Ueberflusse in den Quellen noch ausdrücklich hervorgehoben[2]). Aber auch die Autorrechte stehen ohne Weiteres demjenigen zu, der im Zustande mangelnder oder geminderter juristischer Handlungsfähigkeit (als frühreifer infans u. s. w.) geistig producirt.

Aus dem Gebiete des römischen Rechts kann man hieher auch noch das Finden des Schatzes rechnen; ist die Behauptung richtig, dass der rechtliche Erfolg von der Willensfähigkeit und von der Erwerbsabsicht des Findenden ganz unabhängig ist, so liegt kein Rechtsgeschäft vor[3]).

Auch die Specification würde aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ausscheiden, wenn für den rechtlichen Erfolg derselben die Erwerbsabsicht unerheblich wäre. Diese Frage scheint noch der genaueren Untersuchung zu bedürfen[4]).

§. 101.

Für das Rechtsgeschäft ist der Wille nicht nur nothwen-

erkannten und geschützten Güter“ ist leider unsere Wissenschaft des Privatrechts noch weit entfernt. Und gleichwohl werden wir, ehe diese Unterscheidung vollzogen ist, niemals zu einer richtigen Theorie des subjectiven Rechtes gelangen.

1) Vgl. Thon a. a O. S. 371; Lenel a. a. O. S. 251.

2) L. 8 pr. D. de his qui sui (1, 6). Die immerhin merkwürdigen Schlussworte beziehen sich lediglich auf die Fortdauer der Ehe, die, auch wenn beide Theile in Wahnsinn verfallen sind, angenommen werden soll.

3) Dernburg in der Heidelberger kritischen Zeitschrift I, 198.

4) Aus ganz andern Gründen läugnet Bruns (kleinere Schriften II S. 455) die Zugehörigkeit der Specification zum Rechtsgeschäfte. Davon unten.

dig; das charakteristische Merkmal ist vielmehr dieses, dass der Wille den Erfolg beabsichtigt und dass dieser beabsichtigte Erfolg rechtlich sanktionirt ist. Es handelt sich um die Sanktion der Absicht als solcher.

Innerhalb dieser Begriffsbestimmung ist nun aber, wie ich glaube, eine weitere Unterscheidung nicht zulässig. Namentlich diejenige zwischen den reinen Willenserklärungen, welche die rechtlich sanktionirte Absicht lediglich durch Worte oder Zeichen manifestiren, und den Handlungen, welche die Absicht zugleich ausdrücken und durch physische Einwirkung auf die Aussenwelt verwirklichen, — insbesondere den Handlungen des Erwerbens und des Aufgebens des Besitzes, der Dienstleistungen u. s. w. muss ich durchaus verwerfen. Es ist einleuchtend, wie gerade in den letzteren Fällen die Absicht massgebend ist für die besondere Beschaffenheit des Erfolges; die an sich ganz charakterlose Thätigkeit erhält ihre besondere Bedeutung und Beziehung gerade durch die sie begleitende und beherrschende Absicht. Nach meinem Dafürhalten sind daher auch Occupation und Dereliktion nicht grundsätzlich von den Rechtsgeschäften auszuschliessen; ebensowenig die Specification, soferne hier der Erfolg wirklich durch die darauf gerichtete Absicht bedingt ist[1]).

Damit ist aber die Frage, ob die blose Besitzergreifung ein Rechtsgeschäft ist, noch in keiner Weise entschieden. Die Antwort hängt davon ab, wie das Verhältniss der rechtlichen Wirkungen des reinen Besitzes zu der Absicht des Besitzen-

1) Consequent müsste man alle Geschäfte, bei welchen Besitzveränderung u. s. w. eintritt, vom Begriffe des Rechtsgeschäftes ausschliessen, also auch die Zahlung, Schenkung u. s. w.

Bruns a. a. O. S. 454 vertritt insoferne eine Mittelmeinung, als er Specification, Geschäftsführung u. s. w. vom Begriffe des Rechtsgeschäfts ausschliesst, bei den Geschäften aber, welche die reale Ausführung des Rechtswillens enthalten — Occupation u. s. w. — die Willenserklärung von der Handlung unterscheidet; diese ist kein Rechtsgeschäft, enthält aber ein solches. Dagegen habe ich sachlich nichts einzuwenden; dann ist aber gar nicht einzusehen, warum nicht auch die Dienstleistung u s. w. ein Rechtsgeschäft enthalten kann? Der Unterscheidung von Pernice a. a. O. S. 496 vermag ich nicht zu folgen. Auch Zitelmann Irrtum und Rechtsgeschäft S. 311 fgg. ist inconsequent. Im Wesentlichen wie hier Karlowa Rechtsgeschäft S. 180 fg.

den aufgefasst wird. Davon kann erst später (§. 116) gesprochen werden.

§. 102.

Die rechtsgeschäftliche Absicht hat ihren Ursprung nicht in der Rechtsordnung, sondern in den Bedürfnissen und Strebungen des Lebens; die Absichten, welche rechtlich sanktionirt sind, haben vor dieser Sanktion existirt und können sich wohl oder übel auch ohne die Hilfe des Rechtes verwirklichen [1]). Daher ist es einseitig, die Rechtsgeschäfte zu bezeichnen als die „Geschäfte des Rechts" in dem Sinne, als ob sie oder auch nur einige derselben vom Rechte geschaffen und den Einzelnen zum beliebigen Gebrauche dargeboten wären [2]).

Gegenüber dieser Selbständigkeit des Willens, in welcher zugleich auch der besondere ethische Werth des Rechtsgeschäftes beruht, muss nun aber auch umgekehrt die Abhängigkeit desselben von der Rechtsordnung betont werden. Sie tritt uns zunächst ganz im Allgemeinen entgegen in der Sanktion. Dass die beabsichtigten Wirkungen rechtliche Wirkungen sind, das verursacht weder der Einzelwille noch der vertragsmässig geeinigte Wille, sondern allein die Macht der rechtlichen Ordnung [3]).

1) Lenel a. a. O. S. 155 fg.

2) Natürlich kann der Gesetzgeber auch mit Rechtsgeschäften experimentiren und Handlungen zum Voraus sanktioniren, um dadurch erst die Lust nach der Vornahme derselben zu erwecken. Aber wenn diese Lust gleichwohl nicht entsteht, so ist eben das Gesetz todt geboren und für die Geltung des Gesetzes ist auch hier die empirische Absicht die Voraussetzung. — Die hier als einseitig bekämpfte Ansicht, die übrigens gegenüber dem falschen Subjectivismus der herrschenden Lehre immerhin ihre relative Berechtigung hat, ist in neuerer Zeit vertreten worden von Brinz, Pandekten 1. Aufl. S. 1388. Dagegen Zitelmann, Irrtum S. 306; Bruns a. a. O. S. 453, Pernice a. a. O. S. 465, 492; Lenel a. a. O. S. 155.

3) Diese Sanktion darf man sich freilich nicht blos in der Gestalt von „Imperativen" vorstellen. Eine Wissenschaft, welche den ganzen reichen, vielgestaltigen Inhalt der Rechtsordnung — nach Art eines Exercierreglements — in lauter Befehle auflöst, ist zwar einigermassen zeitgemäss, aber gleichwohl überaus dürftig. Vgl. Binding in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 21 S. 541 fgg.

Darum sind die Rechtsgeschäfte auch nicht blos erlaubte Geschäfte, und die in neuester Zeit wieder angeregte Frage, ob es überhaupt erlaubenden Rechtssätze gibt, ist für unsere Zwecke gleichgiltig.

Die Rechtsordnung sanktionirt; und indem sie dies thut, ist sie auch in der Lage, die Bedingungen festzusetzen, unter welchen sie diese Anerkennung verleiht. In dem Masse nun, in welchem das Geschäft durch Erfüllung dieser Bedingungen von der Gestalt abweicht, die es als reines Lebensgeschäft annehmen würde, ist die Einzelfreiheit von der Rechtsordnung beschränkt und tritt der specifisch rechtsgeschäftliche Charakter schon bei der Errichtung hervor. Umgekehrt je weniger die Rechtsordnung solche Bedingungen stellt, desto leichter entsteht die Anschauung, als walte und wirke lediglich der autonome Wille, die nuda voluntas in diesem Sinne[1]. Wie aber auch das kunstvollste Rechtsgeschäft den Inhalt aus dem Leben schöpft[2], so gibt es umgekehrt keines, das von allen rechtlichen Voraussetzungen befreit wäre; mindestens die Vorschriften über Handlungsfähigkeit kommen schlechthin überall, wo von Rechtsgeschäft die Rede ist, zur Anwendung[3].

§. 103.

Man kann also sagen: das Rechtsgeschäft beruht auf einer Willensübereinstimmung zwischen dem Handelnden und der Rechtsordnung.

1) Vgl. L. 1 pr. D. de test. milit. (29, 1).

2) Man hat für das Gegentheil wohl die Injurecession angezogen und der besonders kunstvolle Charakter dieses Geschäftes ist ja unstreitig (Bd. I S. 552); es scheint direkt aus der Werkstätte der Juristen zu stammen. Aber der Inhalt ist gleichwohl kein juristischer: die Injurecession ist lediglich die Form, von deren (alternativer) Beobachtung die Rechtsordnung die Sanktion gewisser empirischer Absichten abhängig macht.

3) Es ergibt sich hieraus, wie unklar es ist, wenn man die Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte irgendwie aus der „Privatautonomie" ableitet. Nicht kraft dieser sind die Verträge formlos, sondern weil die Rechtsordnung auch den formlosen Willen sanktionirt. Und de lege ferenda handelt es sich abermals nicht um den Gegensatz von Autonomie und Rechtszwang, sondern lediglich um Erwägungen der Zweckmässigkeit. Vgl. Stintzing in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 510.

Damit stehen wir vor der bestrittenen Frage, ob diese Uebereinstimmung als eine auf Seiten des handelnden Subjectes bewusste und selbst wieder beabsichtigte zu denken ist?

Die herrschende Ansicht, wesentlich auf den Ausführungen von Savigny's[1]) beruhend, ist zur Zeit noch für die bejahende Antwort. Am entschiedensten hat sie in neuester Zeit wohl Zitelmann[2]) vertreten, der eigentlich zu einem Vertrage zwischen der Rechtsordnung und dem Einzelnen gelangt. An jene wendet sich dieser mit der Bitte um einen „Rechtserfolg" und er erhält unter den entsprechenden Cautelen die zusagende Antwort[3]). Handelt es sich dabei auch zunächst nur um einen bildlichen Ausdruck, so bleibt doch das unzweifelhafte Resultat, dass der Rechtserfolg als solcher beabsichtigt sein müsse. —

Diese Ansicht ist ohne Zweifel irrig; aber auf der andern Seite ist man auch in ihrer Bekämpfung zu weit gegangen; man hat nicht selten auch die wirklich und nothwendig vorhandene Geschäftsabsicht ganz geleugnet oder bis zur Unkenntlichkeit verflüchtigt[4]).

§. 104.

Es ist ungenügend, wenn man mit Kohler die rechtsgeschäftliche Absicht in der Hervorbringung eines „Geisteseffects" erblickt[5]). Es gibt Rechtsgeschäfte, die gar nicht unmittelbar

1) System Bd. III S. 5 fgg.

2) Vgl. insbesondere Zitelmann in Ihering's Jahrbüchern Bd. 16 S. 275 u. 389 — Irrtum und Rechtsgeschäft S. 244 und sonst.

3) Dagegen treffend Schlossmann in der Wiener Zeitschrift VII, 557 fg., dessen positive Ausführungen ich mir freilich nicht aneignen kann.

4) Die folgenden Ausführungen berühren sich vielfach mit dem Grundgedanken des öfter citirten Aufsatzes von Lenel. Jedoch kann ich mir seine beiden Definitionen des Rechtsgeschäfts nicht aneignen, die erste S. 163 nicht, weil hier — abgesehen von dem in diesem Zusammenhange unklaren Worte „principiell" — die Selbständigkeit der Rechtsordnung gegenüber dem Einzelwillen völlig verschwindet, — die zweite S. 258 nicht, theils aus dem nämlichen Grunde, theils weil hier auch die sanktionirende und die ergänzende Thätigkeit der Rechtsordnung (§. 122) nicht geschieden ist.

5) Vgl. denselben bei Ihering Bd. 16 S. 325, 339; Bd. 18 S. 133. Dagegen Lenel a. a. O. S. 160.

bezwecken, auf die Vorstellung eines Dritten einzuwirken, wie Occupation und Dereliktion [1]); und auch wo dies der Fall ist, erscheint die Erzeugung des Geisteseffects nicht als Zweck, sondern nur als Mittel, um den Andern zu einer für die Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges nothwendigen Mitwirkung herauszufordern [2]). Es muss also dem gegenüber die Realität der rechtsgeschäftlichen Absicht, die Richtung auf den äussern Erfolg festgehalten werden.

Man pflegt nun wohl diese Absicht als die ökonomische zu bezeichnen. Dabei bleiben dann von vorneherein die Rechtsgeschäfte des Familienrechtes unberücksichtigt. Aber auch für das Gebiet des Vermögensrechts ist die Auffassung der Absicht als rein ökonomischer einseitig und irreführend. Die Schenkungsabsicht, die Absicht des Testirens, des Erbschaftsantritts, der Verpflichtung u. s. w. sind keineswegs rein ökonomisch gerichtet [3]).

Ich bezeichne daher die rechtsgeschäftliche Absicht — insoferne von jedem juristischen Zusatze derselben abgesehen wird, als die empirische Absicht [4]).

Mit allem Nachdrucke muss sofort der typische Charakter dieser Absicht betont werden. Gerade hier liegen folgenschwere Irrthümer vor.

Vielfach nämlich wird die empirische Absicht mit dem Motive der einzelnen Handlung verwechselt. Schon Savigny hat sich an der oben angeführten Stelle dieser Verwechslung bezüglich des Jagens und der negotiorum gestio schuldig

1) Die Kohler als Rechtsgeschäfte anerkennt.

2) Treffend Zitelmann bei Ihering 16, 369.

3) In dieser Beziehung hat sich auch Lenel von mancher Einseitigkeit nicht freigehalten.

4) Ganz untauglich ist die Bezeichnung „psychologisch“, der man wohl auch zuweilen begegnet. Denn psychologisch ist jede Absicht; über Inhalt und Richtung der Absicht kann also dieses tautologische Prädicat gar keinen Aufschluss geben. Auch die Bezeichnung „social“ ist ganz ungenügend und irreführend. Eher könnte man noch das Wort „natürlich“ gebrauchen. Was hier als empirische Absicht bezeichnet wird, dafür begegnen uns in den Quellen die Ausdrücke animus, mens, affectio oder affectus.

gemacht, und seine Spuren sind dann von Neueren nicht ohne Behagen breit getreten worden [1]).

Savigny unterscheidet: 1) die auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Absicht, gegen welche das Motiv zurücktritt; wer ein Haus kauft, tritt mit Bewusstsein in ein Rechtsverhältniss ein, welches ihm sowohl Rechte als Verbindlichkeiten erzeugt: dieses Verhältniss soll ihm weiter als Mittel dienen, um das Haus sicher und nach Gutdünken zu bewohnen oder durch Vermiethung Geld zu gewinnen u. s. w. — 2) die Absicht, welche unmittelbar auf andere nicht juristische Zwecke gerichtet ist, so dass die juristische Absicht entweder als untergeordnet im Bewusstsein zurücktritt, — wie beim Jäger, der das Vergnügen der Jagd geniessen, daneben auch das Wild verzehren oder verkaufen will, „des Eigenthumserwerbs durch Okkupation wird er sich dabei weniger bewusst sein" — oder entschieden nicht gewollt wird (Delikt).

Aber den richtigen Gegensatz bildet nicht die auf den rechtlichen Erfolg als solchen mit Bewusstsein gerichtete Absicht und das Motiv, sondern die auf den rechtlichen und die auf den empirischen Erfolg gerichtete Absicht: zu der letzteren verhält sich das concrete Motiv gerade ebenso zufällig, wie zu der durch die juristische Vorstellung determinirten Absicht. Dass der Jäger nicht jagt, um den §. 12 I. de R. D. zu verwirklichen, ist ebenso sicher, als dass dem Käufer die Absicht fehlt, sich durch die That von der Anwendbarkeit des achtzehnten Buches der Digesten zu überzeugen. Aber der Jäger und der negotiorum gestor so gut wie der Käufer verwirklichen eine vom Motive wohl zu unterscheidende typische Absicht, d. h. eine solche, die ganz gleichmässig bei jedem Jäger, bei jedem Gestor, bei jedem Käufer wiederkehrt. Mag jener das Wild verkaufen oder verzehren oder verschenken wollen, immer hat er, gerade um diese verschiedenen individuellen Wünsche verwirklichen zu können, die identische Absicht, das Wild sich anzueignen: in dieser Absicht unterscheidet sich nicht einmal der Wilddieb vom ehrsamen Sonntagsjäger; nur der Jäger, der mit dem blosen Jagdvergnügen dergestalt zufrieden wäre, dass er von vorneherein auf alle Aneignung

1) Auch bei Lenel finden sich Concessionen an diesen Irrthum. S. 168, 176, 206.

verzichtete, würde den Gegensatz bilden. Gerade so hat jeder Gestor, mag er aus Freundschaft oder aus Vorwitz oder aus welchem Motive sonst der fremden Angelegenheit sich annehmen, die identische Absicht, sich unberufen in fremde Angelegenheiten unter dem Vorbehalte des Ersatzes von Kosten und Auslagen zu mischen. Und eine andere Stellung hat auch der Käufer in keiner Weise; mag er kaufen zum Essen und Trinken oder zum Aufsparen oder zum Weiterverkaufen, seine Absicht ist immer gerichtet auf Erwerb eines Gutes gegen Geld.

Wie diese typische Einheitlichkeit der Absicht auch bei solchen Geschäften besteht, denen die rechtliche Sanktion vollständig fehlt, so ist sie hinwieder bei Rechtsgeschäften von der Vorstellung der rechtlichen Wirksamkeit völlig unabhängig. Damit ist auch von unserem Standpunkte der gattungsmässige Charakter des Rechtsgeschäftes vollständig gewahrt, und es bleibt alles das in voller Geltung, was von Zitelmann [1]) und Bruns [2]) wahr und treffend über die Bedeutung des Rechtsgeschäftes für den Verkehr gesagt worden ist. —

Aus dieser Einheitlichkeit der empirischen Absicht ergibt sich auch die Möglichkeit, sie mit stehenden technischen Ausdrücken zu bezeichnen. Und zwar gebrauchen wir für die empirische Absicht als solche den nämlichen Ausdruck, mit welchem wir auch die rechtlich sanktionirte Absicht oder das Rechtsgeschäft bezeichnen; auch den nichtigen Kauf bezeichnen wir — ganz wie die Römer — als Kauf, denn die empirische Absicht existirt trotz mangelnder rechtlicher Sanktion [3]). Und sprechen daher die Quellen z. B. von animus societatis coeundae, so wollen sie damit nicht die auf den Rechtserfolg als solchen gerichtete Absicht bezeichnen; wie könnten auch die Parteien durch ihren blosen Willen bewirken, dass ein gewisser Thatbestand bald die Sanktion der Gesellschaft bald die des Trödelvertrages u. s. w. erhalte! Sondern sie wollen sagen, dass die empirische Absicht, welche von der Rechts-

1) Irrtum und Rechtsgeschäft S. 245.

2) a. a. O. S. 452.

3) Belege sind kaum nöthig. Vgl. nsbesondere L. 22 D. de manum. vind. (40, 2), L. 6 pr. D. de servis export. (18, 7), L. 24 D. de statul. (40, 7). Bd. I S. 548; Zitelmann Irrtum S. 289.

ordnung als societas sanktionirt wird, immer im Wesentlichen auf den nämlichen Thatbestand gerichtet sein müsse[1]).

§. 105.

Es gibt eine ganze Reihe von Vorstellungen, die der Jurist geneigt ist als specifisch rechtliche aufzufassen, weil in der Regel zuerst der juristische Unterricht mit ihrer Analyse vertraut macht. In Wirklichkeit aber sind sie durchaus empirischer Natur und empirisch ist daher auch die durch sie hervorgerufene Absicht. Dies beweist — ganz abgesehen von allen andern Gründen — schon der Umstand, dass das Gebiet dieser Vorstellungen und Willensrichtungen weit über dasjenige der Rechtsordnung hinausgeht.

Zu diesen empirischen Vorstellungen rechne ich in erster Linie diejenige der Verpflichtung nebst allen gleichartigen und verwandten Begriffen. Es handelt sich dabei weder um eine juristische noch um eine ökonomische, sondern um eine ethische Anschauung[2]). Die Verpflichtungsabsicht und die entsprechende Absicht der Annahme hat der Einzelne mit vollem Bewusstsein und ohne alles Bedürfniss weiterer Analyse, aber möglicher Weise ohne alle bestimmte Vorstellung darüber, ob die Wirkung sich auf sittlichem, religiösem, rechtlichem, socialem Gebiete vollziehen wird. Und zwar gilt dies ebensowohl von der Absicht sich einem Andern zu verpflichten, als von der Absicht in umgekehrter Richtung. Die Absicht des negotiorum gestor ist empirische Verpflichtungsabsicht, so gut wie die Absicht der den Göttern opfernden homerischen Helden.

Dasselbe gilt von der Absicht der Veräusserung, wenn dieselbe auch nicht von so allgemeiner Anwendung ist wie

1) Vgl. namentlich die interessante L. 44 D. pro socio (17, 2), die später noch genauer zu besprechen sein wird; vgl einstweilen Pernice in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 55. So wird auch von animus obligandi in diesem empirischen Sinne gesprochen (Darlehensabsicht), z. B. L. 3 §. 1 D. de O. et A (44, 7), L. 8, 19 D. de R. C. (12, 1). Es scheint mir nicht nöthig, in diesen Stellen die Verwechslung der Absicht mit dem Rechtserfolg anzunehmen (Lenel S. 201).

2) Wenig befriedigend sind gerade hier die Ausführungen von Lenel a. a. O. S. 200 fgg.

die Verpflichtungsabsicht; auch sie bedarf für den Laien keiner weiteren Zergliederung; daher ist an und für sich auch der Gegensatz zwischen Verpflichtung und Veräusserung durchaus empirisch. Umgekehrt kann er aber auch gerade für die empirische Vorstellung und Absicht sich auflösen in der allgemeineren und unbestimmteren Vorstellung und Absicht der „Zuwendung“ (§. 122).

Weiter gehört hierher die Absicht des „Für sich Habens und Behaltens“ [1]). Der animus rem sibi habendi ist — wie schon angesichts der römischen Besitzlehre nicht geläugnet werden kann — durchaus empirisch, er beschränkt sich auch keineswegs auf das Rechtsgebiet. Für diesen Willen aber ist die Bezeichnung „Eigenthümlich haben wollen“ nur ein anderer Ausdruck; die Vorstellung des Eigenthümlichen ist daher ebenfalls durchaus empirisch. Aber nicht ausschliesslich ökonomisch; wir wenden sie auch auf geistige Güter an. Nicht für den Laien, sondern für den Juristen ergibt sich die Nothwendigkeit und die Schwierigkeit der analysirenden Definition [2]).

Rein empirische Vorstellungen und Willensrichtungen sind ferner die des Kaufens [3]), Tauschens, Miethens, der gesellschaftlichen Verbindung u. s. w.

Das Nämliche ist aber auch zu behaupten von der Vorstellung des „Erlaubten“, „Redlichen“, „Rechtmässigen“ nebst den entsprechenden Gegensätzen. Das sind Vorstellungen, die wir nicht aus der Rechtsordnung, sondern aus dem Gewissen und aus der Erfahrung schöpfen; daher ist denn auch mit der Vorstellung des „Erlaubten“ noch gar nicht ohne Weiteres auch die Vorstellung verbunden, dass dieses Erlaubte gerade auf rechtlichem Gebiete zur Wirksamkeit gelangt, geschweige denn die Vorstellung von der besonderen Be-

1) Mir will scheinen, dass auch hier Lenel a. a. O. S. 165 fg. theilweise terminologische Verschiedenheiten mit sachlichen Gegensätzen verwechselt.

2) Vgl. auch die L. 73 D. de leg. I (30), L. 27 §. 2, 3, L. 34 D. de auro (34, 2), wo der Begriff des suum esse in rein empirischer Weise erläutert wird. Dort wird auch die Unterscheidung zwischen dem was einer hat und dem, was ihm geschuldet wird, als durchaus empirische behandelt.

3) Gut Kohler bei Ihering Bd. 16 S. 150.

schaffenheit dieser Wirksamkeit. Es kann der Absicht des Erlaubten die rechtliche Sanktion vollständig fehlen und gleichwohl bleibt sie selbst bestehen [1]).

Hiemit hängt theilweise das Folgende zusammen.

Es gibt empirische Absichten von solcher Einfachheit, dass sie sich bei allen Völkern und zu allen Zeiten in wesentlicher Uebereinstimmung wiederfinden. Verschieden ist nur die rechtliche Sanktion, die bald ganz fehlt, bald so oder anders beschaffen ist [2]). Dahin gehören die meisten der eben angeführten Vorstellungen; so ausserordentlich manchfaltig das Recht der Verpflichtung, so einfach ist die zu Grunde liegende Absicht: möge Jemand den Versuch machen eine Geschichte derselben zu schreiben!

Dass es sich in gleicher Weise auch mit der empirischen Absicht des Kaufens verhält, wird im zweiten Kapitel genauer darzulegen sein.

Es wäre immerhin eine lohnende Untersuchung, ob nicht den Römern bei Ausgestaltung des Begriffes des ius gentium viel weniger die Identität der Sanktion — die in Wirklichkeit gar nicht vorhanden war, jedenfalls beim Kauf nicht — als vielmehr gerade diese von den nationalen Schranken unabhängige Einfachheit und Identität der empirischen Absicht massgebend war. —

Jedenfalls gibt es andere empirische Absichten, die als solche ein nationales Gepräge haben und auch innerhalb des nämlichen Volkes geschichtlichen Wandelungen unterworfen sind. Der empirisch-sittliche Willensgehalt des ehelichen Lebens ist im Occident ein anderer als im Orient; die

1) Man kann daher auch sagen: die empirische Absicht des blossen Besitzers und des Eigenthümers unterscheidet sich lediglich durch das Moment des Erlaubten und des Unerlaubten; zwischen dominium und bonae fidei possessio dagegen besteht zwar ein Unterschied der Sanktion, nicht aber der Absicht und Vorstellung. Vgl. Lenel a. a. O. S. 167.

2) Gerade hier liegt eine Gefahr sehr nahe, nämlich die, aus der Verschiedenheit der Sanktion einen Rückschluss zu machen auf die Verschiedenheit der Absicht selbst und diese so lange zu drehen und zu wenden, bis die jedesmalige Sanktion nur als ihre einfache Reproduction erscheint. Auch die Absicht des Kaufens hat sich in dieser Beziehung viele Misshandlungen gefallen lassen müssen.

Verschiedenheit der rechtlichen Sanktion — Monogamie und Polygamie — ist nicht Ursache, sondern Wirkung. Auch das empirische Willensmoment innerhalb der Sklaverei ist verschieden, je nachdem der Ausgangspunkt des Verhältnisses der Gegensatz der Race oder die Kriegsgefangenschaft ist. — Wenn es uns ferner ausserordentlich schwer wird, uns in die Vorstellungs- und Denkweise der Römer bei gewissen Einrichtungen der Sklaverei, ja sogar der väterlichen Gewalt zu versetzen — ich meine damit vorzugsweise das Peculium —, so liegt die Ursache davon auch nicht in der besonderen Schwierigkeit der betreffenden Rechtssätze, sondern darin, dass uns die lebendige Grundlage derselben vollständig fehlt. Von der irreleitenden Vorstellung, dass Sklave und Haussohn beim Peculiarerwerb irgendwie einen Stellvertretungswillen hat, werden wir so leicht nicht loskommen [1]).

So hat denn auch die Reception des römischen Rechts nicht nur neue Rechtssätze bei uns eingeführt, sondern auch neue empirische Vorstellungen und Absichten hervorgerufen: Erbesernennung, Erbschaftsantritt u. s. w. Gerade deshalb liegt aber auch der Zweifel nahe, ob unsere empirischen Vorstellungen und Absichten mit denen der Römer hier ganz congruent sind: denken wir nicht genau so wie sie, so ist es begreiflich, warum uns gerade auf dem Gebiete des Erbrechts so manche Sätze als fremdartig erscheinen, die offenbar den Römern selbst keine Schwierigkeit gemacht haben [2]).

Daher kann auch die Sanktion einer gewissen Absicht im Rechtssystem einer bestimmten Nation und zu einer bestimmten Zeit aus einem doppelten Grunde fehlen. Es kann der thatsächlich bestehenden, vielleicht weitverbreiteten Absicht die Sanktion aus irgend welchen Gründen verweigert sein, z. B. den Spielverträgen, dem wissentlichen Kauf gestohlener Sachen. Es kann aber auch die empirische Absicht selbst fehlen oder nur so vereinzelt vorkommen, dass das Bedürfniss recht-

1) Vgl. Mandry, Familiengüterrecht I S. 134 fgg.

2) Ich erinnere an den immer noch nicht erklärten Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Gerade auf erbrechtlichem Gebiete bedarf daher auch die empirische Absicht einer besonders sorgfältigen Untersuchung.

licher Sanktion gar nicht zum Bewusstsein kommt [1]): wie z. B. den Römern bis in die spätere Kaiserzeit herab Verträge über künftige Erbschaften, insbesondere Erbverträge im eigentlichen Sinne offenbar durchaus fremdartige Vorstellungen waren.

Deshalb ist auch die Bemerkung, dass ein gewisses Verhältniss in einer gewissen Rechtsordnung unzulässig sei, nicht ohne Weiteres zutreffend. Das Recht setzt ein durch die Erfahrung gegebenes Material voraus, zu diesem allein kann es sich entgegenkommend oder ablehnend verhalten. Es ist also überall zuzusehen, ob nicht in einem gegebenen Entwicklungsstadium eines Volkes dieses Material selbst gefehlt hat.

So wird man vielleicht darüber zweifeln können, ob bei den Römern die Absicht der Stellvertretung für gewisse Verhältnisse nur der rechtlichen Sanktion entbehrte oder ob sie selber empirisch gar nicht vorkam [2]), wie es ja auch bei uns noch Verhältnisse gibt, in denen Niemand „auf den Gedanken“ der Stellvertretung „kommt“.

§. 106.

Hält man an der durch moderne Skepsis etwas in's Wanken gerathenen Auffassung von der gattungsmässigen Einheit der empirischen Absicht fest, so kann man sogar zugeben, dass die jetzt übliche [3]) Definition, welche das Rechtsgeschäft als die auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Handlung bezeichnet, nicht unbedingt falsch, wenn auch in jedem Falle bedenklich ist.

Wie die Absicht, so ist der Erfolg typisch; und da auch die specifisch rechtliche Wirkung in jedem einzelnen Falle von selbst eintritt, so ist der Erfolg als solcher ein Rechtserfolg, und die Absicht geht auf einen Erfolg, der ohne Weiteres ein Rechtserfolg ist. Damit soll nach den Regeln der Sprache

1) Gerade wie der Mangel des Wortes auf den Mangel der Vorstellung schliessen lässt.

2) Ich neige mich der letzteren Ansicht zu und glaube, dass für dieselbe die Erklärung, die Schlossmann (Besitzerwerb durch Dritte S. 47—78; Wiener Zeitschrift Bd. 10 S. 583 fgg.) von dem Satze: per liberam personam nobis adquiri non potest gibt, sehr in's Gewicht fällt. Diese Erklärung ist durch die bisher vorgebrachten Einwendungen nicht entkräftet und verdient mehr Beachtung, als sie bisher gefunden hat.

3) Arndts § 63. Windscheid §. 69 u. A.

keineswegs gesagt sein, dass diese Eigenschaft nothwendig auch als Moment der subjectiven Vorstellung und der Absicht zu verstehen ist. Sagen wir vom Arzte, er nehme eine lebensgefährliche Operation vor, so ist damit noch nicht ausgesprochen, dass er selbst sich dieser Eigenschaft seiner Handlung bewusst ist, geschweige denn, dass er sie um dieser Eigenschaft willen vornimmt [1]).

Es ist mir nicht zweifelhaft, dass sehr Viele jene übliche Definition doch eigentlich nur in diesem objectiven Sinne nehmen [2]). Allein sicherlich fassen Andere das Verhältniss ganz anders auf, nämlich so, dass die Absicht nicht blos gerichtet ist auf einen Erfolg, der ein rechtlicher ist, sondern auf einen Erfolg, der als rechtlicher angestrebt und gewollt ist: die empirische Absicht muss zugleich eine rechtlich determinirte sein [3]).

§. 107.

Diese Ansicht beruht vor Allem auf einer principiell irrigen Auffassung des Verhältnisses, in dem der Einzelwille zur Rechtsordnung steht; es liegt ein Rest der alten Naturrechtsanschauung vor [4]). So lange der Einzelne auf erlaubten Bahnen

1) Aus den Quellen vgl. z. B. L. 19 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), wo Labeo vom Pseudosklaven sagt: is fuit quem obligare possem, was hier gar nichts anderes heissen kann, als dass die empirische Verpflichtungshandlung den objectiven Erfolg der Verpflichtung haben kann; Bewusstsein dieses Erfolges und darauf gerichtete Absicht ist hier gerade ausgeschlossen.

2) Einen andern Sinn kann ich auch der jetzt öfter mit Beifall angeführten Aeusserung von Bruns a. a. O. S. 454 nicht beilegen: „das Recht ist dem Willen des Menschen immanent, der Laie denkt nicht juristisch, sondern praktisch, aber indem er bestimmte praktische Verhältnisse fest und sicher haben will, will er sie auch rechtlich" u. s. w. Der weitere Verlauf beweist freilich, dass sich hier auch die Fiktionstheorie eingemischt hat. — Wie nahe übrigens die im Texte erwähnte Ausdrucksweise liegt, beweist eine Stelle bei Kohler in Ihering's Jahrbb. Bd. 18 S. 318, die eben so gut ein Anhänger der herrschenden Theorie geschrieben haben könnte. — Auch die Definition von Ihering Geist III, 132 kann hieher bezogen werden.

3) Vgl. namentlich Zitelmann Irrtum S. 225, 235, 237, 279.

4) Sehr gute Ausführungen bei Bülow, dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, im Archiv für die civ. Praxis Bd. 64 S. 1, 71 fgg.

wandelt, kommt die Rechtsordnung nur herbei, wenn er sie zu seiner Hülfe herbeiruft: der Einzelne unterwirft sich der Rechtsordnung. Diese Unterwerfungstheorie geht bei uns noch immer um; ja die neueste „psychologische" Jurisprudenz gibt ihr, wenn auch unwillkürlich, neue Nahrung. Unser Standpunkt ist der entgegengesetzte; was rechtlich erheblich ist, bestimmt die Rechtsordnung, und wo der rechtlich erhebliche Thatbestand vorliegt, da waltet die Rechtsordnung auch ungerufen ihres Amtes. Die Freiheit des Menschen ist die, den Thatbestand zu schaffen: im Rechtsgeschäft haben wir einen empirischen Erfolg, den nur der Einzelwille erzeugen kann. Aber damit ist auch die Freiheit des Menschen zu Ende; verwirklicht er einen Thatbestand von rechtlichen Merkmalen, so steht die Rechtsordnung zur Seite — gerufen oder ungerufen. Denn ihre Macht ist eine in sich selbst beruhende, nicht erst aus der Unterwerfung des Einzelnen abgeleitete. Man sollte nicht glauben, dass solche Sätze heutzutage erst noch ausgesprochen werden müssen.

Wie aber steht es denn weiter mit der praktischen Verwirklichung jener Theorie und welche Stütze findet sie in den Quellen des geschriebenen Rechtes?

Wirklich Ernst gemacht, das ist die kurze Antwort auf die erste Frage, hat mit derselben noch Niemand; man hilft sich sofort — offen oder verdeckt, bewusst oder unbewusst, mit der Fiktion[1]). Ernstlich durchgeführt müsste sie allen Verkehr geradezu untergraben. — Namentlich hat noch Niemand den Versuch gemacht, diese Lehre mit derjenigen vom Rechtsirrthum in Einklang zu bringen[2]). Der

1) Sehr mit Unrecht bezeichnet mich Lenel a. a. O. S. 159 als dieser Fiktionstheorie sehr nahe stehend. Ich habe dieselbe niemals getheilt und niemals gelehrt, auch nicht an der von Lenel citirten Stelle des ersten Bandes dieses Werkes. Ganz im Banne der Fiktionstheorie bewegen sich die Ausführungen von Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen S. 209 fgg

2) Der Protest, der dieser Ansicht gewöhnlich zu ihrer Empfehlung mitgegeben wird, sie sei nicht so zu verstehen, als müsste der Handelnde etwa auch die juristischen Ausdrücke, Construktionen, Classificationen u. s. w. kennen und in diesem Sinne juristisch „denken" und sprechen, ist ganz bedeutungslos; um diesen Punkt dreht sich in Wahrheit der Streit gar nicht. — Treffende Bemerkungen

Rechtserfolg tritt nur ein — sagt jene Lehre — wenn der Handelnde ihn verlangt; der Rechtserfolg — sagt die zweite Lehre — tritt ein, auch wenn der Handelnde irrig einen andern oder wenn er irrig gar keinen verlangt. Der im Gebiete des gemeinen Rechtes formlos geschlossene Vertrag gilt, sollte auch der eine Contrahent sein Petitum irrig an das Preussische Landrecht gerichtet haben, von welchem es abschlägig zu bescheiden gewesen wäre [1]).

Aber noch mehr: die blose Handlung erzeugt niemals einen Rechtserfolg; dazu ist die Mitwirkung anderer Umstände, wie sie die Rechtsordnung verlangt, erforderlich. Wer diese Umstände nicht kennt oder wer eine irrige Vorstellung derselben hat, der befindet sich bezüglich der Möglichkeit des Rechtserfolges in einem thatsächlichen Irrthum; gerade als Jurist müsste er das Eintreten desselben für ausgeschlossen halten.

Und gleichwohl tritt — wenigstens regelmässig — der rechtliche Erfolg trotz dieses Irrthums ein, wenn nur die objectiven Voraussetzungen in Wirklichkeit bestehen. Auf diese Erscheinung, die ihren Ausdruck in der Rechtsparoemie findet: plus est in re quam in existimatione [2]), ist schon wiederholt — gerade in diesem Zusammenhange — hingewiesen worden [3]); eine nochmalige kurze Besprechung derselben ist gleichwohl bei dem gegenwärtigen Stande der Doktrin nicht überflüssig.

Folgende Anwendungen finden sich in den Quellen:

über den Rechtsirrthum bei Schlossmann in der Wiener Zeitschrift S. 564.

1) Eine abstrakte Rechtsordnung, an welche Petita gerichtet werden könnten, gibt es nicht.

2) L 4 §. 1 D. de manum. vind. (40, 2) von Julian; L. 9 §. 4 D. de iuris et fact. ignor. (22, 6) und L. 2 §. 15 D. pro emtore (41, 4) von Paulus; Vatic. frag. §. 260 von Papinian; §. 11 I. de leg. (2, 20). Von Ulpian ist der entgegengesetzte Satz erhalten (s. unten S. 32): plus est in opinione quam in veritate, L. 15 D. de a. o. v. h. (29, 2).

3) Das Material ist bereits zusammengestellt von Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 2 S. 157 A. 85. In neuester Zeit hat namentlich Kohler in Ihering's Jahrbüchern Bd. 18 S. 136 fgg., 473 fgg. auf den Satz und seine Anwendungen hingewiesen. Vgl. von der andern Seite Zitelmann Irrtum S. 541 fgg.

§. 108.

I. Unerheblich ist der Irrthum über die Handlungs- und Rechtsfähigkeit, sowohl die eigene als die des Gegners. Die auf den empirischen Erfolg gerichtete Absicht wird durch diesen Irrthum nicht ausgeschlossen [1]).

Von ganz besonderer Wichtigkeit war dies für den Sklavenverkehr. Neben den wirklichen Sklaven existirte die grosse Menge der Freien, die irrthümlich für Sklaven gehalten wurden. Die aus solcher Pseudosklaverei sich ergebenden Verhältnisse bedurften um der collidirenden Interessen willen einer besonders sorgfältigen Regelung. Hier ist nur das Folgende von Belang [2]).

Verträge, durch welche sich Pseudosklaven verpflichten, sei es dem Dritten, sei es dem Herrn gegenüber, sind vollkommen wirksam. Von unserm Standpunkte ist das ganz natürlich; den empirischen Verpflichtungswillen hat auch der Sklave, wie derselbe ja auch sogar eine gewisse rechtliche Anerkennung findet (obligatio naturalis); ist der vermeintliche Sklave frei, so steht der Vollwirksamkeit dieser Absicht nichts im Wege; — exitum voluntas habere potest, wie die Institutionen von einem analogen Falle sagen. Der Gedanke dagegen, dass hier ein Rechtserfolg verlangt wird, ist völlig ausgeschlossen [3]).

1) Dies gilt sogar vom Erbschaftsantritt, der im Uebrigen, wie sich zeigen wird, strengeren Grundsätzen unterliegt. L. 96 D. de a. vel o. her. (29, 2).

2) Vgl. Mandry a. a. O. S. 75; Pernice Labeo II, 170; Schlossmann in der Wiener Zeitschrift Bd. 10 S. 592 fgg.

3) L. 54 §. 1, 3 D. de a. r. d. (41, 1); Modestin hebt ausdrücklich hervor, dass diese Wirkung ipso iure eintritt. — L. 118 D. de V. O. (45, 1); die Verpflichtung wirkt omnimodo, auch dann, wenn der Pseudosklave ex re domini verspricht; auf das Bewusstsein des Promittenten von seinem rechtlichen Zustand kommt nichts an (Papinian). — Es ist klar, dass es nicht ganz ohne Schwierigkeit abgehen konnte da, wo die empirische Absicht ein Moment voraussetzt, welches durch die Vorstellung der Sklaverei gerade ausgeschlossen ist. Dies ist der Fall bei Mandat und negotiorum gestio; beide beruhen auf freundschaftlicher, wohlwollender Gesinnung und sind insoferne durch die Vorstellung des Gehorsams gegen Befehl ausgeschlossen. Der jüngere Celsus ging über dieses Bedenken ganz hinweg, (L. 13 §. 2 D. commod. (13, 6); Labeo nimmt kein Mandat, wohl aber gestio an, L. 19 §. 2 D. de neg.

Ebenso wird der Pseudosklave, ohne Rücksicht auf die eigene Vorstellung von seiner rechtlichen Lage, aus seinen Delikten vollwirksam verpflichtet [1]).

Endlich kann auch nicht bezweifelt werden, dass der b. f. serviens die Sachen, die nicht nach dem sofort zu erwähnenden Princip dem Herrn erworben werden, selbst erwirbt [2]).

Die nämliche Behandlung sollte man nun auch in Beziehung auf Verpflichtungen des vermeintlichen Herrn gegen den Sklaven erwarten. Aber hier greift eine andere Rücksicht modificirend ein: der Pseudosklave erwirbt dem Herrn die Forderung aus seinen Contrakten, soweit sie ex re domini sind; also wäre der Herr, der selbst mit ihm contrahirt, schlechter gestellt. Um dieses unbilligen Resultats willen lässt Papinian die reine Consequenz fallen, indem er sie gleichwohl als solche anerkennt [3]).

gest. (3, 5); Paulus endlich beanstandet zwar auch den Thatbestand der gestio, wozu ebenfalls freundschaftliche Gesinnung gehöre, deren Gegentheil das vermeintliche Herrschaftsverhältniss ist, lässt aber gleichwohl die a. neg. gest. (contraria) zu L. 36 D. eod. Am wenigsten ist Pomponius zur Klarheit gekommen (L. 13 §. 2 D. cit.): nach ihm fehlt beim Commodat die Verpflichtungsabsicht, aber es soll eine Obligation als unwillkürliche Wirkung der Handlung eintreten nach Analogie der condictio indebiti; gleichwohl aber gewährt er die actio commodati. Ohne Zweifel steht Pomponius der modernen Ansicht, welche den Rechtserfolg mit in die Absicht hereinzieht, am nächsten (non hac mente — contraheremus quasi eum obligatum habituri); man beachte die ganz abweichende Auffassung des Labeo. — Vgl. über diese Stellen Kohler a. a. O. S. 473.

1) Dies ergibt sich aus L. 54 §. 2 D. de a. r. d. (41, 1). Der Nachlass bezüglich des Grades der Haftung hat doch nur einen Sinn, wenn der Uebertretende sich selbst für einen Sklaven hält. — Vgl. noch L 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2); L. 12 §. 6 L. 13 D. de liber. causa (40, 12).

2) L. 54 §. 4 D. de a. r. d. (41 1). Quidquid tamen liber homo — non acquirit nobis, id vel sibi liber — acquiret. Die Besonderheit wegen Besitz und Ersitzung interessirt uns hier nicht.

3) L. 118 D. de V. O. (45, 1). — Wo die Forderung nicht ex re domini ist, ist der b. f. s. selbst Gläubiger. L. 8 §. 5 D. mand. (17, 1). Besonders bemerkt möge noch sein, dass umgekehrt die Wirkungen der Handlungen des vermeintlich Freien ganz ebenso in der Person

Eine entsprechende Entscheidung findet sich noch für den Fall, dass sich der Hausvater beim Erwerb irrthümlich für einen für das Peculium erwerbenden Haussohn hält. Die empirische Absicht fehlt gleichwohl nicht; man muss sich nur von dem Gedanken losmachen, dass der (für das Peculium) erwerbende Haussohn die Absicht der Stellvertretung hat: er hat — gerade wie in gleicher Lage der Sklave — den animus rem sibi habendi[1]). Nur kann der Haussohn nicht den Rechtserfolg wollen, wenn er sich nicht in grobem Rechtsirrthum befindet[2]). Aber objectiv steht der Sanktionirung jenes Willens sowenig etwas entgegen, wie beim Pseudosklaven.

Einer kurzen Erörterung bedarf endlich noch der Fall, wenn der Pseudosklave eine Erbschaft antritt. Hier ist zu unterscheiden[3]):

1) Der Antretende kennt seine Eigenschaft als Freier; dann steht dem eigenen Erwerbe weder in subjectiver noch in objectiver Beziehung ein Hinderniss im Wege.

2) Seine Absicht für sich anzutreten wird auch nicht ausgeschlossen durch einen hinzukommenden Befehl des vermeintlichen Herrn; wohl aber wäre sie

3) dann ausgeschlossen, wenn der Antritt blos auf Befehl des Herrn, ex necessitate[4]) erfolgt; und dies ist namentlich auch dann der Fall, wenn sich der Antretende selbst als Sklave betrachtet. Alsdann ist der Antritt ohne Wirkung, für den Antretenden wegen Mangels der empirischen Absicht, für den Befehlenden wegen Mangels des Gewaltverhältnisses[5]).

des Herrn eintreten, wie wenn der Irrthum nicht bestünde. L. 23 D. de manum. (40, 1).

1) Wie könnten sie sonst auch Stipulationen — und zwar auf dare gerichtet — auf eigenen Namen abschliessen?

2) L. 44 §. 4 D. de usurp. (41, 3). Auch die bona fides wird durch den Irrthum nicht berührt.

3) Vgl. Kohler in Ihering's Jahrbüchern Bd. 18 S. 138, 474, (theilweise abweichend).

4) Dass für diesen Fall Labeo Erwerb des Herrn angenommen hat, (Pernice Labeo II S. 171 A. 66), ergibt sich aus den Stellen nicht. Labeo läugnet, dass der Antretende für sich erwirbt; dass er für den Herrn erwirbt, ist damit nicht gesagt. Ich kann auch keinen Widerspruch der L. 54 pr. D. de a. r. d. (Modestin) finden.

5) Der Gedanke, dass hier ein Erwerb ex opera vorliegt, wurde

4) Es ist aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Sklave ohne Befehl des Herrn für sich antreten will. Diese Absicht ist vom empirischen Standpunkte so wenig „sinnlos", als die Absicht des Sklaven Barbarius Philippus sinnlos war, die römische Prätur zu verwalten[1]), oder als die Absicht auf Grund eines gefälschten Testaments anzutreten sinnlos ist, oder die Absicht desjenigen, dem die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen sind, gleichwohl als Solennitätszeuge zu fungiren. Ist daher in diesem Falle der für sich Antretende frei, so hat auch der Antritt volle rechtliche Wirkung. Vom Falle des blosen Zweifels versteht sich das um so mehr[2]).

Damit steht die Behandlung des analogen Falles, dass der vermeintliche Haussohn antritt, durchaus im Einklang.

1) Der Hausvater, der sich irrig als Haussohn betrachtet oder über seinen Status in Zweifel ist, kann mit voller Wirkung antreten.

2) Der Antritt erfolgt auf Befehl des vermeintlichen Vaters; derselbe ist alsdann nach beiden Seiten hin wirkungslos[3]). Anders wenn der vermeintliche Haussohn trotz des iussus die Absicht hat für sich anzutreten.

Es lassen sich noch manche andere Fälle hieher rechnen; folgende mögen hervorgehoben werden:

1) Der Irrthum über die Existenz oder den Umfang der

verworfen; dagegen waren manche Juristen geneigt, einen Erwerb ex re dann anzunehmen, wenn die Einsetzung erweislich mit Rücksicht auf den Pseudodominus erfolgt war; L. 19 D. d. a. r. d. (41, 1); L. 45 §. 4 D. de a. vel o. h. (29, 2).

1) L. 3 D. de officio praet. (1, 14).

2) Vgl. L. 59 pr. D. de h. i. (28, 5), L. 19, 54 pr. D. de a. r. d. (41, 1,) L. 74 §. 2—4 D. de a. vel o. h. (29, 2). Interessant ist, dass auch eine weitergehende Ansicht bestand, die an moderne Theorien anklingt, nämlich dass der den Antritt Vollziehende unter allen Umständen, also auch im dritten Falle Erbe werde, L. 19 D. cit. Die richtige Ansicht hat Labeo zur Geltung gebracht. Einen besondern Fall behandelt Justinian in L. 21 C. de i. delib. (6, 30), womit zu vergleichen L. 24, 25 D. de lib. causa (40, 12). Die in der fraglichen Lage Befindlichen mussten gerade befürchten, dass ihnen der Erbschaftsantritt so ausgelegt würde, als hätten sie ihn für sich selbst gewollt.

3) L. 21 D. de c. et dem. (35, 1), L. 6 §. 4 D. de a. vel o. h. (29, 2.)

Vollmacht schliesst den Erfolg der in entsprechender Absicht vorgenommenen Handlungen nicht aus; es kann Jemand als Bevollmächtigter handeln, der sich selbst nur für einen Gestor hält [1]).

2) Der Erwerb einer juristischen Person wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Vertreter oder der Gegner die Eigenschaft derselben als juristischer Person nicht kennt oder bezweifelt; die empirische Absicht, als Vertreter eines „Vereins" zu handeln, an diesen Vertreter zu veräussern, ist von jener Vorstellung ganz unabhängig.

§. 109.

II. Bei dem Erwerb, der einen Rechtsurheber voraussetzt, ergibt sich die Frage, ob der Irrthum über die diese Voraussetzung begründenden Thatsachen — sei es auf Seiten des Veräussernden oder des Erwerbenden — den beabsichtigten Erfolg ausschliesst. Die nämliche Frage wiederholt sich da, wo der Erwerb in der Person des Erwerbenden von einer besondern Voraussetzung abhängig ist. Die Quellen enthalten darüber die folgenden Entscheidungen:

1) Wer vom Eigenthümer erwirbt, den er für den Nichteigenthümer hält, wird gleichwohl sofort Eigenthümer; die empirische Absicht des Erwerbes ist vorhanden und der Sanktion steht kein Hinderniss im Wege [2]).

2) In diesem Zusammenhang ist auch sofort die L. 2 §. 15 D. pro emt. (41, 4) zu erwähnen. Auf den ersten Blick erscheint gerade hier die Bezugnahme auf den Satz plus est in re u. s. w. auffallend [3]). Der Zusammenhang ist aber wohl dieser: Der Erwerber glaubt vom mündigen Eigenthü-

1) Vgl. Hellmann, Stellvertretung S. 113.

2) L. 9 §. 4 D. de iuris et facti ignor. (22, 6), L. 2 §. 2 D. pro emt. (41, 4). Willkürlich ist die Auslegung der ersten Stelle von Zitelmann, Irrtum S. 541; dagegen Lenel a. a. O. S. 181, dessen eigene Ausführung mir aber nicht recht verständlich ist; warum soll die Stelle auf den Widerspruch zwischen Wille und Erklärung bezogen werden? — Richtig ist die Bemerkung von Zitelmann, dass die L. 4 §. 1 D. de manum. vind. (40, 2) nicht hieher gehört, weil die Freilassung von Wille und Vorstellung des Sklaven ganz unabhängig ist.

3) Vgl. Ihering a. a. O.

mer zu erwerben; in Wirklichkeit ist der Auktor noch unmündig, aber auch nicht Eigenthümer. Der Ersitzung steht nichts im Wege, und der Ersitzende befindet sich sonach in günstigerer Lage, als wenn er vom unmündigen Eigenthümer erworben hätte; alsdann gäbe es weder unmittelbaren Erwerb noch Ersitzung.

3) Für die Wirksamkeit der Zahlung ist ausschliessend der Umstand entscheidend, dass der Empfänger zur Annahme berechtigt ist; Irrthum des Gebers (consequent auch beiderseitiger Irrthum) ist unerheblich. Zahlt daher der Schuldner dem emancipirten Haussohn, dem das Peculium verblieben ist, so wird er frei, mag er auch weder das eine noch das andere wissen und sich daher den Rechtserfolg anders vorstellen[1]).

4) Veräussert Jemand als Bevollmächtigter des früheren Eigenthümers eine Sache, deren Eigenthümer er selbst im Augenblicke der Veräusserung ohne sein Wissen durch Erbfolge geworden ist, so geht gleichwohl Eigenthum über. Er will für den Eigenthümer veräussern, Eigenthümer ist er aber selbst — exitum voluntas potest habere. Diese Entscheidung wiederholt sich in den Quellen zweimal:

a) bezüglich des Sklaven, der im Auftrag des Herrn in der Provinz Geldgeschäfte macht; ohne es zu wissen ist er Theilerbe des inzwischen verstorbenen Herrn geworden; das ausgeliehene Geld geht nach Verhältniss des Erbtheils in das Eigenthum des Empfängers über[2]).

b) Die vom Haussohn im Auftrag des Vaters vorgenommene Freilassung gilt auch, wenn der Sohn bereits, ohne es zu wissen, Alleinerbe des Vaters ist[3]).

1) Vatic. frag. §. 260. Dass dieser Satz mit dem andern, wornach der Schuldner frei wird, wenn er bona fide an den nicht mehr Bevollmächtigten zahlt, nichts zu thun hat, hebe ich nur mit Rücksicht auf die von Huschke citirten falschen Parallelstellen hervor.

2) L. 41 D. de R. C. (12, 1). Wie weit diese Entscheidung eine Verallgemeinerung zulässt, steht hier nicht zur Frage. Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 536.

3) Die L. 4 §. 1 D. de manum. vind. (40, 2) spricht allgemeiner; allein ich glaube gleichwohl nach dem Zusammenhang, dass der dem Juristen vorschwebende Thatbestand so wie oben zu bestimmen ist. Jedenfalls passt die Entscheidung der L. 4 §. 1 D. cit. auf den obigen Fall: der Sohn ist ja jetzt selbst Eigenthümer und daher ist auch unter der

5) Vermacht Jemand die eigene Sache in der Meinung sie sei fremd, so ist das Vermächtniss gleichwohl giltig[1]). Nun könnte man sagen, das Vermächtniss der fremden Sache sei ja ohnehin giltig, und es scheine sich also hier nur darum zu handeln, dass trotz jenes Irrthums unmittelbarer Eigenthumsübergang stattfindet[2]); für das ältere Recht läge höchstens der fehlerhafte Ausdruck vor, der durch das SC. Neronianum geheilt werde. Allein diese harmlose Auslegung ist durch den ausdrücklichen Zusatz ausgeschlossen, dass auch die irrthümliche Annahme, die Sache gehöre dem Legatar, die Giltigkeit nicht ausschliesst; wäre diese Annahme wahr, so läge ja Nichtigkeit vor[3]).

Falsch ist es jedenfalls, diese Entscheidung auf den hypothetischen Willen des Testators zu gründen[4]). Denn dieser kann überhaupt keine wirkende Ursache sein; auch weiss ja doch gar Niemand, ob der Testator wirklich auch ohne den Irrthum geradeso testirt hätte. Die Motivirung der Quellen ist daher auch die gerade entgegengesetzte:

voluntas domini eben sein Wille zu verstehen. Im Gegensatze hiezu wird nun im Principium und ebenso in L. 15 §. 1 qui et a quib. manum. (40, 9) ein anderer Thatbestand zu unterstellen sein, nämlich der, dass der Sohn nicht Alleinerbe (oder in L. 15 auch dass er gar nicht Erbe) geworden ist. Dann ergibt sich folgende Scala von Fällen:

a) der Sohn lässt frei zu einer Zeit, wo er Alleinerbe ist, ohne es zu wissen. Die Freiheit tritt ein, und zwar ganz unabhängig davon, ob der Wille des Vaters bis zum Tode anhielt;
b) der Sohn lässt frei als Theilerbe (oder ohne Erbe zu sein). Hier tritt die Freiheit nicht ein (ganz in Uebereinstimmung mit L. 41 D. de R.C., wo theilweise Veräusserung eintritt). Zweifelhaft ist nur, für uns aber gleichgiltig, ob auch hier noch Widerruf des Vaters nöthig ist;
c) der Sohn lässt bei Lebzeiten des Vaters frei, nachdem dieser widerrufen hat. Dieser Fall interessirt uns nicht.

Will man übrigens die L. 4 § 1 D. cit wörtlich verstehen, so ist dagegen von unserm Standpunkte aus gar nichts einzuwenden.

1) §. 11 I. de leg. (2, 20); L. 81 §. 6 D. de leg. I (30).

2) Zitelmann a. a. O. S. 545 scheint nicht einmal dieses letztere zugeben zu wollen.

3) Nicht befriedigend Zitelmann a. a. O S 544 Anm. 525.

4) Vgl. Arndts in Glück's Commentar Bd. 46 S. 187, 247. — Arndts Pand. 11. Aufl. §. 569 A. 2a.

Quia exitum voluntas defuncti (der wirkliche Wille) potest habere.

In der That ist auch die empirische Absicht des Zuwendens von jener Vorstellung ganz unabhängig; man kann doch auch fremde Sachen vermachen wollen [1]). Auch das Vermächtniss der eigenen Sache des Legatars ist nicht ohne Weiteres sinnlos. Selbst wenn es im Scherze gemeint ist, besteht die Möglichkeit, dass die Rechtsordnung sich an das Wort hält. Aber soweit braucht man gar nicht zu gehen. Dass das Vermächtniss der eigenen Sache nicht sinnlos ist, beweist einfach die regula Catoniana; wozu wäre dieselbe alsdann noch nöthig? Aus jedem Pandektenlehrbuch können wir eine Reihe von Fällen entnehmen, in welchen das Vermächtniss der eigenen Sache gilt; nicht immer wird der Testator an diese Voraussetzungen denken; und selbst wenn wir bei dem einfachsten Falle stehen bleiben, dass er eine der bei Arndts §. 569 N. 4 a und b aufgeführten Bedingungen auszusprechen vergisst, so ist nach dem Formalismus des älteren Rechts das Legat nichtig; wer aber will behaupten, dass auch die zu Grunde liegende empirische Absicht sinnlos ist?

Es ist sinnlos Jemandem das gegenwärtig geben zu wollen, was er gegenwärtig nach der bestimmten Vorstellung des Gebenden schon hat; (denn zwischen Geben und Restituiren weiss auch die empirische Absicht zu unterscheiden [2]): dagegen ist es keineswegs sinnlos, Jemandem etwas zu vermachen, was er jetzt schon hat; denn das Vermächtniss tritt erst in unbestimmter Zukunft in Wirksamkeit [3]).

1) Gerade wie auch der Dieb und der Räuber einen Erben für das zusammengestohlene Vermögen ernennen können. Richtig Lenel a. a. O. S. 242.

2) L. 3 §. 8 D. de cond. c. d. (12, 4); L. 34 pr. D. de auro (34, 2).

3) Uebrigens ist noch zu beachten, dass der Erbe durch Aufrechterhaltung des Vermächtnisses nicht intensiver belastet wird; es handelt sich nicht um Umwandlung des Vermächtnisses in die Verpflichtung, eine fremde Sache anzuschaffen.

Ein analoger Fall ist der, wenn beide Contrahenten (oder doch der Käufer) das Kaufsobjekt irrig für gestohlen halten; die Sanktion tritt gleichwohl ein.

6) Eine ganz andere Entscheidung ergibt sich aber für den Fall, dass Jemand seine Sache veräussert als vermeintlich fremde in Folge eines Auftrages, eines Amtes; oder umgekehrt, dass er die fremde Sache, zu deren Veräusserung er durch Auftrag u. s. w. befugt ist, als vermeintlich eigene veräussert. Die Veräusserung ist ungiltig [1]).

Aber auch diese Entscheidung stimmt durchaus mit der empirischen Absicht überein. Denn diese geht hier nicht dahin, die Sache schlechthin zu veräussern, und von der Veräusserungsbefugniss aufs Gerathewohl Gebrauch zu machen [2]), sondern die Absicht ist die, die Sache aus diesem bestimmten Vermögen auszuscheiden. Es handelt sich also nicht um den Irrthum über begleitende Umstände des Thatbestandes, sondern darum, dass der empirische Erfolg der Absicht nicht entsprechen würde. Darin liegt der Unterschied von den beiden vorigen Fällen; denn im Falle 4 entspricht in der That der Erfolg der Absicht; die Sache scheidet aus dem Vermögen aus, aus dem sie der Handelnde ausscheiden will; er weiss nur nicht, dass dasselbe inzwischen sein eigenes geworden ist [3]), und im Falle 5 fehlt überhaupt die alternativ auf dieses oder jenes Vermögen gerichtete Absicht; der Testator vermacht auch die fremde Sache nicht als Stellvertreter; er vermacht im eigenen Namen und in der Absicht seinen Nachlass zu belasten.

7) Hieran schliesst sich noch ein verwandter Fall an. Wenn Jemand in der Absicht, eine dem Empfänger gehörende

1) L. 35 D. de a. r. d. (41, 1); L. 15 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1); L. 49 D. mand. (17, 1). Der Sinn dieser letzteren Stelle, soweit sie hieher gehört, hätte nach den überzeugenden Ausführungen von Ihering (Jahrbücher Bd. 2 S. 149) füglich nicht weiter bestritten werden sollen. Vgl. im Allgemeinen Zitelmann a. a. O. S. 535 fgg. — Von einem wesentlich verschiedenen Fall handelt L. 10 §. 1 D. de curat. fur. (27, 10); der Curator verkauft wissentlich seine Sache als die des Mündels oder umgekehrt. Dieser Fall interessirt uns hier nicht.

2) Möglich ist freilich auch diese unbestimmte Absicht, z. B. bei einer Auktion, die sich auf eigene und fremde Sachen zugleich erstreckt. Hier wäre natürlich auch die Entscheidung eine andere.

3) Insoferne haben ja diese Fälle etwas besonderes; sie beruhen auf dem Zusammentreffen von Auftrag und Erbrecht, wogegen der Fall 6 auf dem fortdauernden Gegensatz des Auftrags und des eigenen Rechtes beruht.

Sache lediglich zu restituiren, aus Versehen seine eigene Sache hergiebt, so bleibt er Eigenthümer; auch hier fehlt in noch viel unzweifelhafterer Weise die empirische Absicht der Veräusserung [1]).

8) Hiemit dürfte das Quellenmaterial erledigt sein. Im Anschlusse an dasselbe ist die Frage zu beantworten, ob derjenige, welcher sich eine herrenlose Sache aneignet, ohne diese Eigenschaft zu kennen, gleichwohl Eigenthümer wird. Ich nehme keinen Anstand die Frage zu bejahen: der Sanktion der empirischen Absicht steht keinerlei Hinderniss im Wege.

Ein ganz anderer Fall ist natürlich der, wenn der Besitzergreifende durch die irrige Vorstellung, dass die Sache nicht herrenlos ist, abgehalten wird die empirische Absicht der Aneignung zu fassen [2]). Hier würden nur diejenigen anders entscheiden, welche den hypothetischen Willen dem wirklichen gleichstellen. Allein dann müsste auch derjenige als Eigenthümer, resp. Usucapionsbesitzer gelten, der sich durch die irrige Vorstellung einer noch schwebenden Bedingung von dem präsenten Aneignungswillen abhalten lässt; gerade dieser Fall ist im entgegengesetzten Sinne entschieden [3]).

9) Um auch noch einen Fall ausserhalb des Gebietes des gemeinen Rechts zu erwähnen, so ist doch kein Zweifel, dass der Eigenthumserwerb nach Art. 306 des D. H.G.B. auch dann eintritt, wenn sich die Parteien weder bewusst sind, dass der

1) L 3 §. 8 D. de condict. c. d. (12, 4). Es ist klar, dass hier das Wort dare doppelsinnig gebraucht ist. In dem Falle des Schlusssatzes liegt die Absicht der Veräusserung vor, und zwar dergestalt, dass es dem vermeintlichen Statuliber, der lediglich in seinem Interesse handelt, gleichgiltig ist, ob er peculiares oder anderweitig erworbenes Geld hergibt. Richtig Zitelmann, Irrtum S. 536 A. 502, und bereits Ihering a. a. O. S. 155.

2) Auf diesen Fall lässt sich vielleicht L. 7 D. pro derel. (41, 7) beziehen, die objective Thatsache der Dereliktion genügt nicht zur Ersitzung, es ist auch der Aneignungswille nöthig, und dieser wird meistens fehlen, wenn die Vorstellung der Dereliktion nicht vorhanden ist.

3) L. 2 §. 2 D. pro emt. (41, 4) Paulus sagt keineswegs, dass die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt sei; er sagt nur, mittelst des Satzes von Sabinus könnte man etwa zu dieser Consequenz kommen, aber sie wäre eben falsch.

Veräusserer Kaufmann, noch dass die Veräusserung in seinem Handelsbetrieb erfolgt.

§. 110.

Das Gesammtergebniss der bisherigen Erörterungen bedarf aber noch einer wesentlichen Einschränkung. Wir finden nämlich auf dem Gebiete der erbrechtlichen Geschäfte eine erheblich strengere Behandlung der Absicht. Diesen Unterschied zu erklären ist hier nicht der Ort; es gibt nichts gefährlicheres als extemporirte Erörterungen über Materien des römischen Erbrechts. Dass dieses auch in anderen verwandten Beziehungen eigenthümliche und abweichende Grundsätze befolgt, soll hier nur angedeutet und beispielsweise an das Erforderniss des certum consilium des Testators erinnert werden, wofür die vermögensrechtlichen Geschäfte unter Lebenden ebenfalls kein Analogon darbieten [1]).

Für uns kommt hier folgendes Material in Betracht:

1) Der Testator muss die richtige Vorstellung von seiner Testirfähigkeit haben. Nach dem Wortlaute der Quellen ist es mir nicht zweifelhaft, dass insoweit auch der Rechtsirrthum ein Hinderniss der giltigen Errichtung ist [2]).

2) Besondere Anforderungen sind an den Erbschaftsantritt gemacht und hierauf bezieht sich der Satz des Ulpian: plus est in opinione quam in veritate [3]). Im praktischen Erfolge dienen diese Erschwerungen als Gegenmittel gegen die Unwiderruflichkeit des Erfolges; sie haben eine ähnliche prophylaktische Bedeutung wie die gesteigerten Voraussetzungen der Ehe nach kanonischem Rechte gegenüber der Unstatthaftigkeit der Ehescheidung. Damit soll aber die Frage, ob sie in dieser Tendenz absichtlich von der Römischen Jurisprudenz aufgestellt worden sind, in keiner Weise entschieden werden.

1) Auch die Interpretationsgrundsätze sind sehr wesentlich verschieden.

2) L. 1 pr. D. de leg. III (32) quia nec testari potest qui, an liceat sibi testari (dubitat), L. 11 §. 1 D. de test. mil. (29, 1).

3) L. 15 D. de a. vel. o. h. (29, 2.) Es ist irrig, wenn Zitelmann (Irrtum S. 542) behauptet, dieser Satz stehe dem entgegengesetzten mit gleicher Allgemeinheit gegenüber. Seine Anwendung ist eine durchaus beschränkte. So bereits Ihering a. a. O.

Zwar wird auch hier nicht die richtige Vorstellung des Antretenden über seine Handlungs- und Erwerbsfähigkeit (s. oben S. 22), wohl aber über den Delationsgrund und eventuell über die Giltigkeit des Testaments, aus welchem angetreten werden soll [1]), verlangt.

Dagegen fällt es vielleicht unter einen etwas andern Gesichtspunkt, dass der Antretende auch über seine Eigenschaft als heres voluntarius oder necessarius die richtige Vorstellung haben muss. Man kann nämlich sagen, dass dieser Umstand für den Inhalt der empirischen Absicht selbst massgebend ist. Die Absicht des Behaltens — die ohnedem civilrechtlich ganz irrelevant ist — ist eine andere, als die des Erwerbens; gerade wie ja auch die Absicht, einen Nachlass anzunehmen, andern Inhalts ist, als die Absicht das Peculium des Verstorbenen einzuziehen [2]).

§. 111.

III. Es bleibt noch übrig, die Vorstellung des Handelnden in Beziehung auf die Form des Geschäfts kurz zu erörtern [3]).

1) Wir haben nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass die irrige Vorstellung von der Unzulänglichkeit der beobachteten Form das objectiv giltige Geschäft beeinträchtigt. Selbst für das Testament ist eine derartige Bestimmung nicht vorhanden.

Vielmehr ist ohne Rücksicht auf solchen Irrthum, mag er ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum sein, das Geschäft giltig; die empirische Absicht ist erklärt und ihrer Sanktion steht kein Hinderniss im Wege.

2) Es sind aber einige scheinbar gleichartige, in Wirklichkeit sehr verschiedene Fälle auszuscheiden.

a) Jemand kann sich durch die falsche Vorstellung von der Nothwendigkeit der Form abhalten lassen, das Rechts-

1) Vgl. die Nachweisungen bei Arndts §. 507.

2) L. 17, 22 D. de a. vel o. h. (29, 2.) Allerdings aber hat Ulpian den oben erwähnten Satz gerade mit Rücksicht auf den Unterschied von heres voluntarius und necessarius formulirt.

3) Richtige Bemerkungen hierüber bei Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 16 S. 329; Bd. 18 S. 152.

geschäft vorzunehmen. Die allenfalls vorliegende Erklärung spricht die empirische Absicht nicht in kategorischer, sondern in hypothetischer Weise aus, als einen vermeintlich nicht realisirbaren Wunsch. Hier ist soferne wir nicht wieder in den Fehler verfallen wollen, die hypothetische Absicht der wirklich existirenden gleichzustellen, kein Gegenstand für die rechtliche Sanktion vorhanden. Wer also in einem Lande, wo das formlose testamentum holographum gilt, oder wer als Angehöriger der deutschen Armee zur Kriegszeit seinen letzten Willen aufschreibt und unterschreibt, der hat testirt, die empirische Absicht ist erklärt. Wer aber lediglich die Bemerkung niederschreibt: „Ich würde gerne so und so testiren, aber ich kann die Förmlichkeiten nicht mehr beobachten, und beschränke mich darauf, folgende Wünsche auszusprechen,“ der hat gar nicht die präsente Absicht des Testirens gehabt, obschon er sie hätte haben können, seine Erklärung ist daher kein Testament.

b) Ebenso ist aber auch beim formlosen Rechtsgeschäft die präsente kategorische Absicht und der blose, wenn auch erklärte Vorsatz künftig handeln zu wollen, scharf zu unterscheiden, wenn es auch im einzelnen Falle nicht immer leicht sein mag, diese Unterscheidung thatsächlich durchzuführen. Lediglich auf diesen Gegensatz bezieht sich die L. 24 D. de test. milit. (29, 1)[1]).

c) Endlich aber ist möglich, dass Jemand Mängel der Form absichtlich herbeiführt, um auf diese Weise lediglich ein Scheingeschäft zum Dasein zu bringen. In diesen Fällen fehlt die Ernstlichkeit der empirischen Absicht: und dieser Mangel bleibt auch dann, wenn jener Versuch misslingt; (die vermeint-

1) Die Stelle sagt, dass auch für das Soldatentestament — im eigenen Interesse des Testators — an dem ersten Erfordernisse jedes Testamentes, der präsenten Absicht festgehalten werden müsse: sic intelligi debet ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. Legt man bei Zitelmann Irrtum S. 258 A. 220 zweiter Absatz v. o. den Nachdruck auf „vorläufig“, so sind die Einwendungen von Kohler bei Ihering Bd. 18 S. 152 gegenstandslos. Will aber Zitelmann sagen, dass der präsenten Absicht der Rechtserfolg durch einfachen Vorbehalt entzogen werden kann, dann ist die Opposition von Kohler völlig begründet.

lich mangelhafte Form ist in Wirklichkeit untadelhaft;) die weitere Entscheidung hängt also lediglich davon ab, ob das formell tadellose Geschäft gleichwohl wegen Simulation nichtig ist. Diese Frage führt auf ein völlig anderes Gebiet [1]).

3) Bedenken könnte eigentlich nur die L. 7 §. 12 D. de pact. (2, 14) erwecken. Hier sagt Ulpian:

Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: „rogavit Titius spopondit Maevius", haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Dass diese Worte nicht besagen wollen, die Stipulation könne je nach der Absicht der Parteien auch als bloses Paktum wirken [2]), ist doch ohne Weiteres klar; wohin würden wir denn kommen, wenn trotz Beobachtung der Form die Absicht des Rechtserfolges noch einmal besonders vorhanden sein müsste?

In der Stelle handelt es sich gar nicht um die Stipulation als verborum obligatio, sondern um den Zusatz der Stipulationsformel in der Vertragsurkunde. Hier ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass dieser Zusatz von den Parteien gar nicht gewollt, sondern eine blose Redensart des Notars ist. Kann dies nachgewiesen werden, so fehlt die empirische Absicht, dem Vertrage noch eine weitere Bestärkung oder sonstige gesteigerte Wirkung hinzuzufügen [3]).

1) Jemand errichtet ein Testament vor sieben Zeugen in der Meinung, es befinde sich ein unfähiger darunter oder es seien acht Zeugen erforderlich. Jemand schliesst die Ehe vor dem vermeintlichen Pseudostandesbeamten, der aber der wirkliche ist u. s. w. Vgl. Kohler a. a. O. Bd. 16 S. 127, wo der letztere Fall richtig, aber mit nicht ganz zutreffender Motivirung entschieden ist.

2) So dass also zur Stipulation noch eine zweite wenn auch im einzelnen Fall präsumirte Absicht hinzukommen müsste: die Absicht, dass diese Stipulation als Stipulation wirkt.

3) Vgl. die Erklärung der griechischen Scholiasten (Basilica ed. Heimbach I, 571), die im Wesentlichen durchaus zutreffend ist. Es ist also der nämliche Fall, wie wenn etwa bei uns der Notar ohne Auftrag und ohne Bewusstsein der Parteien eine vollstreckbare statt der einfachen

§. 112.

Ist nach den gewonnenen Resultaten für die rechtliche Wirksamkeit der Absicht — soferne sie nur als eine gegenwärtige existirt — die Vorstellung des Handelnden sowohl von den übrigen Momenten des Thatbestands als von der rechtlichen Sanktion selbst regelmässig unerheblich, so ist doch wohl zu beachten, dass in vielen Fällen dem Wollenden die Vorstellung vom rechtlichen Erfolge seiner Handlung besonders nahe gelegt ist. Wir können daher sagen, dass es Rechtsgeschäfte gibt, die regelmässig mit dem Bewusstsein ihrer rechtlichen Erheblichkeit vorgenommen werden, so gleichgiltig auch dieses Bewusstsein für die Wirksamkeit selbst ist.

Zwei Fälle mögen in dieser Richtung besonders hervorgehoben werden:

1) Gewisse Rechtsgeschäfte werden um ihres eigenthümlichen Zweckes willen nur selten (durchschnittlich vielleicht nur einmal im Leben) vorgenommen; Errichtung von Testamenten, Eingehung der Ehe nebst den darauf bezüglichen vermögensrechtlichen Festsetzungen u. s. w. Diese Seltenheit und die dadurch nothwendig bedingte Unerfahrenheit des Einzelnen regt hier die Vorstellung, dass es sich um ein Geschäft von eigenartigen Wirkungen handelt, lebhafter an, ganz im Gegensatz zu den alltäglichen und gewohnheitsmässigen Geschäften des Kaufens u. s. w. Jenes Gefühl des Ungewöhnlichen, Fremdartigen, und damit zugleich auch des Gefährlichen ruft hier auch das Bedürfniss des sachverständigen Rathes in besonderem Masse hervor [1]).

2) Bei manchen Geschäften — theilweise den nämlichen — erinnert die Rechtsordnung selbst den Handelnden an die rechtliche Bedeutung durch die Vorschrift der Beobachtung bestimmter Formen. Nicht alle Formen, ja im römischen Rechte nur die wenigsten, verdanken ihr Dasein dieser bewussten Tendenz des Gesetzgebers. Auch gibt es Formen, die nicht einmal durch ihre objective Beschaffenheit jene Wirkung äussern; die kirchliche Form der Eheschliessung

Urkunde errichten würde RCPO. §. 380 Abs. 2. Da übrigens zu Ulpian's Zeiten die blose schriftliche Beifügung der Stipulationsclausel noch keine Klage erzeugte, so liegt irgendwelche Interpolation vor.

1) Vgl. L. 88 §. 17 D. de leg. II (31).

ist ebensowenig geeignet, die Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung des Aktes hervorzurufen, wie umgekehrt die „bürgerliche" Eheschliessung die Vorstellung von der religiösen und kirchlichen Bedeutung. Aber meistens hat doch die Form durch ihr bloses Dasein eine man möchte sagen warnende und hinweisende Funktion; dies gilt selbst noch von einer so alltäglich gewordenen Form wie Stipulation und Wechsel [1]).

So tritt z. B. im Systeme der Civilehe der rechtsgeschäftliche Charakter der Ehe für die Eheschliessenden selbst viel schärfer hervor, als dies bei den Römern der Fall war, die sich schliesslich doch nur dadurch helfen konnten, dass sie die empirische Absicht (affectio maritalis, honor maritalis,) durch Präsumtionen gattungsmässig feststellten.

§. 113.

An die empirische Absicht tritt die Rechtsordnung sanktionirend heran; der empirisch gewollte Erfolg wird auch im Gebiete des Rechts als Erfolg anerkannt.

Dieses Gebiet des specifisch rechtsgeschäftlichen Erfolges ist zunächst noch genauer abzugrenzen.

I. Menschlichen Handlungen können rechtliche Wirkungen beigelegt werden ausserhalb der Tragweite der bewussten Absicht. Dann ist die empirische Handlung lediglich ein für die Rechtsordnung irgendwie erhebliches Ereigniss gleich einem andern. Insofern dabei dieses Ereigniss als erlaubtes angesehen wird, sind die unwillkürlichen Wirkungen den eigentlich rechtsgeschäftlichen verwandt; aber indem sie selbst weder die Absicht verwirklichen noch auch durch Absicht ausgeschlossen werden können, so dass hier auch die beliebte Heranziehung der stillschweigenden, präsumtiven Absicht nichts nützt, so sind sie auch wieder ganz wesentlich davon verschieden.

> Plerumque enim — sagt Pomponius [2]) — id accidit ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

1) Verwandt ist die Bedeutung der Vorschrift des §. 192 der RCPO.

2) L. 13 §. 2 D. commod. (13, 6); vgl. L. 5 §. 3 D. de obl. et act. (44, 7).

Hieher gehören namentlich auch die rechtlichen Wirkungen, welche ein nichtiges Geschäft erzeugt (Entschädigungsansprüche). Das nichtige Geschäft erscheint hier nicht als Rechtsgeschäft, denn die empirische Absicht wird nicht sanktionirt, weder die primäre noch die eventuelle, weder die ausdrückliche noch die stillschweigende, sondern die Thatsache, dass so und so gehandelt wurde, ist ein Ereigniss, an welches die Rechtsordnung Wirkungen anschliesst [1]).

II. Oben (S. 7) ist die Frage offen gelassen worden, ob der Erwerb und (freiwillige) Verlust des Besitzes Rechtsgeschäft ist. Von der Bejahung dieser Frage würde ich mich in keiner Weise abhalten lassen durch die angebliche Absurdität, dass hienach die nämliche Handlung zugleich Rechtsgeschäft und Delikt sein würde. Diese Combination hat weder in sich selbst etwas Widersinniges noch entbehrt sie der positiven Grundlage. Die Rechtsordnung sanktionirt den Erfolg, bestraft aber zugleich die Hervorrufung desselben: validum sed non licitum. Bei jeder lex minus quam perfecta trat diese Combination ein, und sie ist auch noch im neuesten staatlichen Eherechte vorhanden [2]). — Aus einem ganz andern Grunde verneine ich die Frage. Es wird nämlich die empirische Absicht des Apprehendenten gar nicht sanktionirt: er will die Sache haben und behalten; tritt dieser Erfolg als rechtlich gewährter ein? Und hinwiederum die wirklich eintretende rechtliche Wirkung verhält sich der Absicht gegenüber nicht als ein Weniger, sondern als ein Anderes. Gerade das scheint mir das Eigenthümliche zu sein, dass der Besitzesschutz zwar den animus rem sibi habendi als Moment des Thatbestandes voraussetzt, keineswegs aber diesen Willen als solchen sanktionirt [3]).

1) Sehr richtig handelt hievon Zitelmann Irrtum S. 301. — Der Umstand, dass die blose empirische Absicht mit dem nämlichen Namen bezeichnet wird, wie das wirksame Rechtsgeschäft, erweckt den Schein, als wenn auch hier rechtsgeschäftliche Wirkungen vorlägen, ein Schein, der noch dadurch gesteigert wird, dass das Römische Recht zur Geltendmachung dieser unwillkürlichen Wirkungen die Contraktsklage verleiht. Davon ist später genauer zu sprechen.

2) Vgl. Thon a. a. O. S. 367.

3) Damit ist der Frage nicht vorgegriffen, ob nicht für die Rechts-

Einfacher noch gestaltet sich der Verlust des Besitzes. Hängt die Sache mit dem Besitzer als solchem durch kein rechtliches Band zusammen, so ist auch für das Aufgeben desselben die rechtliche Sanktion weder nöthig noch möglich [1]). —

Aus ganz ähnlichen Gründen ist auch die Offerte kein Rechtsgeschäft; denn auch die rechtliche Wirkung, die ihr das Handelsrecht verleiht, erscheint in keiner Weise als Sanktion der Absicht des Offerenten.

§. 114.

III. Es ist möglich, dass die empirische Vorstellung und Absicht auch den Rechtserfolg als solchen in sich aufnimmt, da derselbe ja ein zum Voraus feststehender ist. Gerade bei den wichtigeren Geschäften liegt es nahe, dass der Handelnde sich, ehe er handelt, Gewissheit über den rechtlichen Erfolg verschafft und seine Handlung bewusst so einrichtet, dass derselbe eintreten muss. Deshalb ist aber gerade auch hier die Verwechslung des Rechtsgeschäftes mit andern Fällen, wo der rechtliche Erfolg ebenfalls durch bewussten Willen hervorgerufen wird, besonders naheliegend.

1) An den durch die empirische Absicht hervorgerufenen Erfolg knüpfen sich weitere selbständige Wirkungen an, die nicht als Sanktion der Absicht selbst erscheinen (S. 37). Wohl aber kann im einzelnen Falle gerade die Vorstellung dieser Wirkungen und der Wunsch, dass sie eintreten, bestimmend dafür sein, dass die empirische Absicht zum Dasein gelangt.

So kann Jemand eine Erbschaft antreten, lediglich um dadurch ein Vermächtniss zur Wirksamkeit zu bringen. Alsdann sieht der Vorgang so aus, als hätte er dasselbe freiwillig übernommen; während er doch nur den Thatbestand erzeugt

ordnung das Willensmoment den Schwerpunkt bildet, der den Thatbestand des Besitzes zu einem schutzbedürftigen und schutzwürdigen macht.

1) Vgl. Zitelmann Irrtum S. 310; Lenel a. a. O. S. 164; beide abweichend. — Ein einigermassen verwandter Fall ist die Wahl des Domicils. Auch dieser Wille wird als solcher nicht sanktionirt, und bedarf gar keiner Sanktion; an den Thatbestand des Wohnens an bestimmtem Orte knüpfen sich rechtliche Wirkungen an. Hier kommt aber noch der weitere Umstand hinzu, dass der fragliche Thatbestand auch ohne Willen eintreten kann.

hat, an den die Rechtsordnung ganz unabhängig von bewusster Vorstellung und Absicht ein für allemal diese Wirkung anknüpft.

Oder Jemand kauft eine Sache lediglich um dadurch den Untergang einer Servitut (durch Confusion) herbeizuführen u. s. w.

2) Dieser also um seiner objektiven Wirkungen halber herbeigeführte Thatbestand braucht gar nicht nothwendig ein rechtsgeschäftlicher zu sein. Auch andere Thatbestände, für die der Wille überhaupt gar kein wesentlicher Faktor ist, können absichtlich herbeigeführt werden, und zwar lediglich um dadurch die bestimmte rechtliche Wirkung in's Dasein zu rufen. So steht nichts im Wege, dass Jemand sich einen Wohnort aussucht in der bewussten Absicht, um dadurch einer bestimmten Rechtsordnung (z. B. zum Zwecke der Ehescheidung) unterworfen zu werden. Dadurch wird auch in diesem Falle die Wahl des Domicils selbst kein Rechtsgeschäft.

Dasselbe gilt auch vom s. g. Erfüllungsorte. An denselben knüpfen sich rechtliche Wirkungen processualer, ohne Zweifel auch materieller Natur, und gerade mit Rücksicht auf dieselben kann der concrete Erfüllungsort durch Vertrag festgestellt werden. Aber man sollte doch endlich einmal aufhören, hier von einer freiwilligen Unterwerfung unter die betreffende Rechtsordnung zu sprechen. Freiwillige Unterwerfung unter die Rechtsordnung gibt es überhaupt nicht; die Rechtsordnung bestimmt ihre eigene Geltung nach objectiven Merkmalen. Aber indirekt kann der Einzelne, indem er eines dieser Merkmale in bewusster Absicht hervorruft, allerdings das zur Geltung kommende Recht bestimmen. Das ist aber schliesslich auch beim Delikt möglich[1]).

3) So kann denn endlich auch ein rechtlicher Erfolg absichtlich herbeigeführt werden durch Unterlassung solcher Hand-

1) Der unklare Gedanke von der „freiwilligen Unterwerfung unter das Recht des Erfüllungsortes" hat namentlich in den bekannten Couponsprocessen seine Rolle gespielt. Das Reichsgericht zieht sogar die bona fides herbei. (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 6 S. 133, wo im Uebrigen sehr richtige Ansichten über das Rechtsgeschäft und insbesondere die Selbständigkeit der Sanktion vorgetragen werden. Vgl. auch Bekker, Couponsprocesse S. 76.)

lungen, durch die der verursachende Thatbestand hätte ausgeschlossen werden können.

In diesem Sinn kann der Eigenthümer absichtlich die Ersitzung eines Dritten sich vollenden, der Servitutberechtigte den Untergang der Servitut eintreten lassen; in diesem Sinne kann unter Umständen auch die Intestaterbfolge auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden. Auch ist diese Auffassung nicht unfruchtbar geblieben; es ist bekannt, wie der Begriff der Alienation im weitesten Sinne auch jenes „Geschehenlassen" mit umfasst [1]), und die Möglichkeit der Belastung des Intestaterben mit Vermächtnissen beruht ebenfalls auf dieser indirekten Causalität.

In der That liegt auch hier ein Gebiet vor, auf welchem sich die menschliche Freiheit zum Zwecke der Herbeiführung rechtlicher Erfolge bethätigen kann. Gleichwohl ist der Gegensatz offensichtlich: beim Rechtsgeschäft ist die Absicht wesentlich und die Sanktion ergreift die Absicht als solche; hier handelt es sich um Thatbestände, die auch ohne Absicht eintreten können und deren rechtliche Wirkung ganz die gleiche ist, mögen sie durch Zufall oder durch Absicht herbeigeführt sein. Oder, wo für den Thatbestand der Wille erforderlich ist (wie beim Besitzerwerb), wird gleichwohl nicht der Inhalt desselben sanktionirt.

Es handelt sich um ganz ähnliche Verhältnisse wie bei der Produktion neuer Güter. (§. 100.)

§. 115.

Indem die Rechtsordnung den beabsichtigten Erfolg als solchen sanktionirt, stellt sie auch die Voraussetzungen auf, unter denen die Sanktion gewährt wird. Die empirische Absicht in Verbindung mit diesen Voraussetzungen bildet den Thatbestand des Rechtsgeschäfts.

Es gibt kein Rechtsgeschäft, dessen Thatbestand blos aus Absicht besteht. Als Minimum von Voraussetzungen erfordert die Rechtsordnung die Handlungsfähigkeit, und zwar in derjenigen Beschaffenheit, wie sie selbst genauer bestimmt. Damit ist bereits eine sehr wichtige Abgrenzung der relevanten gegenüber der rechtsgeschäftlich irrelevanten Absicht gegeben,

1) L. 28 D. de V. S. (50, 16); L. 3 D. de fundo dot. (23, 5).

eine Abgrenzung, die gar nicht in der psychologischen Beschaffenheit der empirischen Absicht liegt. Für diese gibt es jedenfalls keine festen Altersgrenzen [1]).

Die Rechtsordnung geht aber in ihren Anforderungen noch weiter. Von der Form soll hier nicht die Rede sein. Dagegen ist für unsere ferneren Zwecke die Bemerkung wichtig, dass das Recht unter Umständen nicht die einfache, sondern nur die combinirte Absicht sanktionirt [2]). Ueberaus lehrreich ist hier die Veräusserung. Dass innerhalb der empirischen Veräusserungsabsicht die Uebergabe kein nothwendiges Moment bildet, ist ohne Weiteres klar, und bei der Mancipation, Injurecession, Adjudication, beim Legat schliesst sich die Sanktion an den einfachen Willen an. Dagegen ist der formlose Uebereignungsvertrag nicht sanktionirt; es wird das Hinzukommen eines zweiten Willens, der präsenten Uebergabe erfordert [3]). Dass es sich dabei in der That um eine Combination handelt, beweist — abgesehen von dem Argument, das die eben erwähnten Veräusserungen darbieten, — auch der Umstand, dass diese beiden Willen in ihrer Aeusserung zeitlich auseinanderfallen können [4]). Die Veräusserung ist alsdann vorhanden, wenn bei Fortdauer des ersten (resp. des durch ihn geschaffenen Zustandes) der zweite hinzukommt.

Man möchte vielleicht annehmen, dass der gleiche Fall der combinirten Absicht auch da vorliegt, wo Formen zu beobachten sind; zu der sozusagen materiellen Absicht muss hier

1) Man darf aber die Sache nicht umdrehen und sagen, überall, wo an den mitwirkenden Willen besondere rechtliche Anforderungen gemacht werden, liege ein Rechtsgeschäft vor. Es ist möglich, dass die Rechtsordnung auch andere Thatbestände nur gelten lässt, wenn der mitwirkende Wille eine gewisse Beschaffenheit hat (Besitzerwerb, Begründung und Aufgeben des Domicils.)

2) Vgl. Bruns a. a. O. S. 459.

3) Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 181.

4) Daher ist es auch für den Erfolg sicher gleichgiltig, ob mit der nachfolgenden Uebergabe (resp. Besitzergreifung) die Vorstellung der Handelnden verbunden ist, dass damit erst die Uebereignung vollendet, oder dass die schon durch den Vertrag vollendete Uebereignung nur vollzogen werde. Die Uebergabe der vermachten Sache an den Legatar hat eine andere rechtliche Bedeutung als die Uebergabe der geschenkten Sache an den Beschenkten; ob sich die Parteien dabei Verschiedenes denken, ist ganz irrelevant.

noch der auf die Form gerichtete Wille hinzukommen. Allein der leicht ersichtliche Unterschied ist der, dass dieser letztere Wille für sich gar keine Bedeutung hat, also nur als Ausführungswille gedacht werden kann, wogegen die Besitzübergabe auch ihre selbständige, von der Uebereignung ganz unabhängige Bedeutung hat [1]).

Der Satz selbst, dass das römische Recht für die Eigenthumsübertragung unter Lebenden einen combinirten Willen erfordert, ist, wie sich zeigen wird, auch für andere Gebiete der rechtsgeschäftlichen Absicht von grossem Einflusse.

Ein zweiter, im Uebrigen freilich anders beschaffener Fall der Sanktion von combinirtem Willen ergibt sich im Gebiete der direkten Stellvertretung. Soweit dieselbe zulässig ist, setzt der rechtlich sanktionirte Erfolg das Zusammentreffen zweier Absichten voraus, der Bevollmächtigungsabsicht und der Absicht ein bestimmtes Geschäft stellvertretungsweise abzuschliessen; keine hat für sich selbst rechtserzeugende Wirkung. Darin liegt zugleich die Antwort auf die bestrittene Frage, ob die Ausstellung der Vollmacht selbst schon ein Rechtsgeschäft ist. Ich glaube diese Frage verneinen zu sollen: die Vollmacht hat für sich gar keine rechtliche Wirkung, die Vollmacht, von der kein Gebrauch gemacht wird, existirt rechtlich nicht. Sie tritt in Wirksamkeit erst durch das Hinzutreten eines zweiten Willens, der, indem er von ihr Gebrauch macht, zugleich auf einen anderen rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet ist. In der Sanktion des letzteren liegt zugleich von Fall zu Fall die Sanktion der Vollmacht; und umgekehrt kann der Erfolg nur sanktionirt werden, wenn zugleich ein der Sanktion fähiger Vollmachtswille vorhanden ist [2]).

1) Es ist daher falsch, die Uebergabe als Form der Uebereignung aufzufassen.

2) Ich kann auf diese Frage und so auch auf die verwandte Frage der Genehmigung hier nicht weiter eingehen. Vgl. Zitelmann Irrtum S. 297, mit dem ich im Wesentlichen übereinstimme. Dort auch weitere Literatur. Dazu Bruns a. a. O. S. 455, der mir die Wirkung der Vollmacht und des zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bestehenden obligatorischen Verhältnisses nicht scharf auseinander zu halten scheint. — Gäbe es nur heredes voluntarii, so müsste auch das Testament hieher gerechnet werden. Denn das von Bruns entdeckte

Vom Vertrage, der ebenfalls in diesen Zusammenhang gehören würde, soll hier ganz abgesehen werden.

Zum Zwecke der Sanktion kann die Rechtsordnung ferner sehr verschiedenartige Anforderungen an die Bestimmtheit der empirischen Absicht richten. Ein Unterschied in dieser Beziehung ist uns bereits begegnet (S. 32); hier möge weiter der folgende hervorgehoben werden. Mit der Absicht kann die concrete Vorstellung des empirischen Erfolges verbunden sein. Die Absicht kann aber auch die Gestaltung desselben der ergänzenden Thätigkeit eines Dritten, ja dem Zufall überlassen, sich also darauf beschränken, jene Thätigkeit oder diesen Zufall selbst hervorzurufen. Die Rechtsordnung aber sanktionirt bald nur das certum consilium in diesem Sinne, so bei der Erbeinsetzung nach vorjustinianischem Recht; bald auch jene Absicht mit mangelnder concreter Vorstellung des Erfolges. Nur theilweise geht mit diesem Entgegenkommen gegen die unbestimmte Absicht auch die Zulässigkeit der Stellvertretung Hand in Hand [1]).

§. 116.

Die empirische Absicht ist für die Sanktion jedenfalls insoferne massgebend, als das Resultat der letzteren nicht mit

Recht des Testators, aus dem Testament beerbt zu werden (a. a. O. S. 455) wird kaum allgemeine Anerkennung finden.

1) Der Unterschied ist einleuchtend. Dort wird eine Absicht sanktionirt. Denn die allenfallsige Mitwirkung des Dritten hat eine lediglich ergänzende, keine selbständig rechtsgeschäftliche Bedeutung; hier liegen zwei Absichten verschiedener Personen vor. Es ist begreiflich, dass die Rechtsordnung dem ersteren Verhältnisse leichter entgegenkommt als dem zweiten.

Ein besonderer Fall solcher Unbestimmtheit der empirischen Absicht ergab sich im r. R. dann, wenn der erwerbende Sklave gleichzeitig im Rechte mehrerer Personen (Eigenthümer, Niessbraucher u. s. w.) stand. Die Frage, welchem der mehreren Concurrenten der Erwerb gemacht ist, ist zunächst von einer darauf gerichteten Vorstellung und Absicht des Erwerbenden unabhängig; vgl. L. 25 §. 1 D. de usufr. (7, 1); insoferne hätte dieses Verhältniss auch oben §. 112 mit erwähnt werden können; es kann aber auch die bestimmte Absicht des Erwerbenden modificirend eingreifen. Genauer ist hierauf nicht einzugehen. Vgl. Kohler bei Ihering Bd. 18 S. 191.

dem bestimmt oder unbestimmt vorgestellten Erfolge der ersteren in direktem Widerspruche stehen kann; ein solches Resultat würde den Begriff des Rechtsgeschäftes ausschliessen, gerade wie die Sanktion eines blos fingirten Willens. Hier ist denn auch die grosse Achtung, welche das römische Recht der empirischen Absicht entgegenbringt, und die Vorsicht, womit es dieselbe behandelt, ganz besonders hervorzuheben. Sie tritt uns namentlich auf dem Gebiete der s. g. Conversion der Rechtsgeschäfte entgegen. Das römische Recht ist soweit entfernt, der in Wirklichkeit vorhandenen, aber, wenn der Ausdruck erlaubt ist, nicht sanktionsfähigen Absicht eine andere, nächstverwandte zu surrogiren, dass umgekehrt die Conversion nur eintritt, wenn auch dafür ein genügender Anhalt in der empirischen Absicht selbst vorliegt. Die ungiltige Stipulation wird keineswegs ohne Weiteres als Constitutum [1]), das ungiltige Testament keineswegs ohne Weiteres als Codicill aufrecht erhalten. Ganz besonders lehrreich aber ist in dieser Beziehung die Behandlung des Universalfideicommisses. Uns scheint nichts näher zu liegen, als dass dasselbe eventuell als Vulgarsubstitution aufrecht erhalten wird. Den Römern dagegen war die Absicht, aus zweiter Hand zuzuwenden, so wesentlich verschieden von der Absicht der direkten Zuwendung, dass sie lieber, um die erstere auch ohne Mitwirkung des Belasteten zur Geltung zu bringen, zu Zwang und Fiktion griffen [2]).

1) L. 1 §. 4 D. de pec. const. (13, 5). Man muss dabei beachten, dass sich das Constitut zur Stipulation nicht etwa, wie das formlose Paktum, als minus verhält, so dass es sich etwa nur um einen Gegensatz im Rechtserfolge handelte; die empirische Absicht des Constituirens ist eine andere, als die des Stipulirens: im empirischen Sinne bildet der animus constituentis einen Gegensatz zum animus promittentis. — Ein Fall, wo es sich um ein bloses Plus und Minus handelt, ist z. B. der in L. 19 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5) besprochene (Mandat und Gestio); ebenso Acceptilation und pactum de non petendo: L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5); es handelt sich hier blos um einen Missgriff in der Form.

2) Es ist dies zugleich ein Beispiel dafür, wie sich der Inhalt der empirischen Absicht selbst bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten anders gestaltet. — Dass umgekehrt Universalfideicom-

Die empirische Absicht bringt im einzelnen Falle den typischen Inhalt mehr oder minder modificirt, erweitert, beschränkt, bedingt u. s. w. hervor. Solche individuelle Gestaltungen kann die sanktionirende Rechtsordnung bis zu einem gewissen Masse zulassen. Sie kann sie aber auch verwerfen, und zwar in einer doppelten, geradezu entgegengesetzten Weise.

1) Die dem typischen Schema sich nicht accomodirende Absicht wird gar nicht sanktionirt, das Geschäft ist nichtig. Hieher gehören z. B. die Geschäfte, von denen es heisst, dass sie durch Hinzufügung von Bedingung und Befristung in totum vitiantur [1]).

2) Die unzulässigen Zuthaten der typischen Absicht werden von der Rechtsordnung ignorirt; und die also corrigirte Absicht ist Gegenstand der Sanktion.

Dieses Verfahren findet sich sowohl im Römischen als im heutigen Rechte.

Dort bietet namentlich das Testament merkwürdige Beispiele dar. Die dem Satze nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest widersprechende Absicht ist nicht etwa nichtig, sie wird corrigirt als erstreckte sie sich auf das Ganze. In gleicher Weise wird die heredis institutio ex re certa berichtigt, um die rechtliche Sanktion zu ermöglichen.

Besonders merkwürdig ist auch die ganz entgegengesetzte Behandlung der unsittlichen und unmöglichen Bedingungen, je nachdem sie bei Geschäften unter Lebenden oder bei letztwilligen Anordnungen vorkommen.

Ob diese Behandlung in jedem einzelnen Falle im Sinne des Handelnden, ob sie also eine Berichtigung ist, die er selbst vorgenommen hätte, wenn ihm der Widerspruch seiner Absicht zu der von der Rechtsordnung postulirten zum Bewusstsein gekommen wäre, das lässt sich gar nicht im Allgemeinen entscheiden; man gelangt damit lediglich wieder zu Fiktionen [2]).

misse ohne Rücksicht auf den Ausdruck angenommen wurden, sofern nur ein Belasteter vorhanden war, (vgl. L. 37 §. 2 D. de leg. III [32]) beruht auf der Formlosigkeit derselben; es handelt sich hiebei nicht um Conversion, sondern um Interpretation.

1) L. 77 D. de R. J. (50, 17).

2) Daher denn auch — abgesehen von den unsittlichen und un-

Für das heutige Recht ist von besonderem Interesse die Behandlung der Vollmacht. Weder im Handelsrecht noch im Processe sind individuelle Modificationen des Vollmachtwillens in demselben Umfange wie im bürgerlichen Rechte statthaft; aber dieser unstatthafte Wille wird gleichwohl als der typische aufrecht erhalten und sanktionirt [1].

Hier tritt der wirkliche Widerspruch zwischen der empirischen Absicht und der ihr widerfahrenden Correktur für uns noch viel offenbarer zu Tage.

Eine solche theilweise Vergewaltigung der empirischen Absicht setzt zu ihrer innern Rechtfertigung irgend welche höheren Interessen voraus. Für die Vollmacht liegen dieselben klar zu Tage: weniger offensichtig ist für unser Auge der Zusammenhang beim Testament [2].

Aber daran muss festgehalten werden: wirkliche empirische Absicht, nicht blos Aussprechen von „Zauberworten" liegt auch hier vor [3]: die Vergewaltigung ist daher auch nur eine theilweise; der rechtliche Erfolg schiebt gewisse Vorbehalte der empirischen Absicht bei Seite.

Man könnte, wie mir scheint, diesen Gesichtspunkt der theilweisen Vergewaltigung der empirischen Absicht über diese unzweifelhaften Fälle hinaus noch weiter verfolgen. Auch die immer noch dunkle Lehre von der Mentalreservation könnte vielleicht von hier aus beleuchtet werden. Solange

möglichen Bedingungen — die abweichende Behandlung beim Soldatentestamente. Bei den eben genannten Bedingungen lässt sich zwar auch nicht entscheiden, ob die einfache Ignorirung derselben der wirklichen Absicht des Testators entspricht; die Möglichkeit, dass Jemand im Testament Scherz und Spott treibt, ist ja nicht ausgeschlossen. Hier aber kommt ein Motiv der boni mores hiezu: die Ignorirung dient jedenfalls zur Wahrung der Achtung und des Andenkens des Testators. Davon ist in den andern Fällen keine Rede.

1) HGB. Art. 43, 47, 49, 58; RCPO. §§. 77—79.

2) Dass hier die wahre Absicht der corrigirten gegenüber schliesslich doch noch mittels des Fideicommisses zum Siege gelangte, soll nur erwähnt werden.

3) Ohne Zweifel haben diese, an sich exceptionellen Verhältnisse mit Veranlassung zu der „Märchentheorie" gegeben.

man hier blos mit der Absicht als solcher operirt, wird man zu keinem befriedigenden Resultate kommen; denn die Absicht hebt sich selbst durch die Mentalreservation auf, und daran wird auch nichts geändert durch Heranziehung des Gesichtspunktes der Unsittlichkeit, der übrigens keineswegs immer zutrifft. Sagt man dagegen etwa die Rechtsordnung schneidet die Mentalreservation ab und sanktionirt die erklärte Absicht trotz derselben, so verzichtet man damit freilich auf den beliebten Subjectivismus, der eine materielle Selbständigkeit der Sanktion gegenüber der Absicht nicht kennt, dem die „Autonomie" das oberste Gesetz ist. Aber man gelangt auf festen Boden. Wir haben dann ebenfalls eine Vergewaltigung der Absicht. Wie der geäusserte Vollmachts- und Testirwille sanktionirt wird unter Amputation der dem Rechte nicht zusagenden Modificationen, so wird die geäusserte Absicht sanktionirt unter Ignorirung der den Verkehr untergrabenden Mentalreservation.

Auch für das Verhältniss von „Wille" und „Erklärung" würde sich vielleicht dieser Ausgangspunkt erfolgreicher bewähren, als die psychologische Betrachtung, die, an sich ja vollkommen correkt, zu praktisch unmöglichen Resultaten führt, während andererseits die einseitige Betonung der bona fides sich jedenfalls nicht mehr auf den im römischen Rechte gelegten Grundlagen dieses Begriffes bewegt [1].

Dass die Privatrechtsordnung die Motive des Handelns ignorirt, ist ein jedem Juristen vom ersten Anfang seiner Studien an geläufiger Satz, dessen Nothwendigkeit auch meines Wissens noch Niemand bestritten hat. In Wirklichkeit aber gibt es keinen Willen ohne Motive und für die sittliche Beurtheilung liegt gerade in ihnen der Schwerpunkt; auch das Strafrecht, welches sie in gleichem Masse wie das Privatrecht ignoriren wollte, würde dem Vorwurfe der Rohheit und Ungerechtigkeit verfallen. Wenn nun das Privatrecht gleichwohl diese psychologisch-sittliche Einheit des Willens zerreisst und ein Stück

1) Hieher gehört die von Kohler (bei Ihering Bd. 16 S. 106) falsch verstandene L. 19 D. de usu et usufr. (33, 2). Die Absicht, welche der Testator wirklich gehabt hat, wäre auch rechtlich zu realisiren gewesen; aber der Formalismus der Legate bringt es mit sich, dass sich die Sanktion an die Erklärung anschliesst. Richtig Lenel a. a. O. S. 245.

davon festhält, das für sich gar nicht existirt — muss da der Wille nicht auch Gewalt leiden, eine unter Umständen sehr drückende und schmerzende Gewalt?

§. 117.

Der nämlichen empirischen Absicht kann je nach der Verschiedenheit der übrigen Momente des Thatbestands eine sehr verschiedene Sanktion zu Theil werden. Zur Veranschaulichung mögen die folgenden Beispiele dienen, die unter sich wieder manchfach verschieden sind:

1) Der empirische Inhalt des Testamentswillens ist ohne Zweifel beim Civilisten kein anderer als beim Soldaten. Und gleichwohl ist die Sanktion ganz verschieden, theilweise gerade entgegengesetzt. Nicht nur von den formellen und materiellen Voraussetzungen der Giltigkeit ist der Soldat befreit, auch die im Vorigen besprochene Vergewaltigung tritt bei seinem Testamente nicht immer ein. Man kann sagen: im Soldatentestamente gelangt der empirische, noch dazu allgemein menschliche, kosmopolitische Testamentswille zur vollen Anerkennung, und das Soldatentestament ist eigentlich das Ideal aller derer, welche der Rechtsordnung keine würdigere Stellung einzuräumen wissen, als dass sie zu allen Ausflüssen der „Privatautonomie" gehorsamst Ja und Amen sagt[1]). Das empirische Rohmaterial, das der Civilist erst noch mit Hilfe des Juristen den Anforderungen der Rechtsordnung gemäss verarbeiten muss, wird hier im Naturzustande sanktionirt[2]). Dem gegenüber muss betont werden, dass das römische Recht das Soldatentestament jederzeit als die auf einem Nothstande beruhende und durch denselben gerechtfertigte Ausnahme betrachtet hat.

1) Die einzige Schranke des Soldatentestamentes ist die Rechtssphäre dritter Personen — L. 41 §. 2, 3, 4 D. de test. milit. (29, 1) — ganz wie nach dem Naturrecht.

2) Vgl. die charakteristische Aeusserung des Testaments, das in L. 88 §. 17 D. de leg. II (31) erhalten ist. „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam — et si minus aliquid legitime minusque perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. (Autonomie!) Damit kann man auch den merkwürdigen Schluss des Testaments von Dr. M. Luther vergleichen.

2) Von ungleich grösserer principieller und praktischer Bedeutung ist die Duplicität der „gemeinen“ und der „handelsrechtlichen“ Sanktion. Zwar soweit dabei obligatorische Verhältnisse in Betracht kommen, ist auch die Verschiedenheit der empirischen Absicht, wenigstens eine verschiedene Nuancirung derselben, nicht in Abrede zu stellen; gerade der Umstand, dass in der Absicht des Handelsverkehrs Momente der Speculation sich geltend machen, die in der Absicht des gewöhnlichen Verkehrs fehlen oder zurücktreten, führt hier im Wesentlichen zur Aufstellung der doppelten Sanktion. Allein für den dinglichen Erwerb, wie er in den Art. 306 und 307 sanktionirt ist, lässt sich solche verschiedene Färbung der empirischen Absicht nicht behaupten; wer Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem „Kaufmann“ in dessen Handelsbetrieb erwirbt, wird dabei regelmässig keine andere Absicht haben, als wer solche Gegenstände vom Nichtkaufmann (Handwerker) in dessen Geschäftsbetrieb erwirbt; und gleichwohl ist die Sanktion der Absicht in beiden Fällen eine ganz verschiedene.

3) Ein drittes wieder anders beschaffenes Beispiel bietet der Niessbrauch dar. Das Recht kennt denselben ursprünglich nur als ius in re aliena. Die empirische Absicht aber erstreckt sich auch auf verzehrbare Sachen, ja auf Rechte. Die Rechtsordnung kommt diesem erweiterten Bedürfnisse entgegen; aber dies ist nur auf die Weise möglich, dass neben die bisherige Sanktion eine solche von ganz anderer Beschaffenheit tritt; und so ist die Absicht bald sanktionirt in Gestalt eines dinglichen Rechtes, bald eines obligatorischen darlehensartigen Verhältnisses. Die Verschiedenheit der Objecte schliesst zwar nicht die Einheitlichkeit der Absicht, wohl aber die Einheitlichkeit der Sanktion aus.

Aber noch mehr. Auch bei den Prädialservituten begegnet uns die nämliche Erscheinung; neben der Sanktion in Gestalt des dinglichen Rechtes geht die andere einher, die Sanktion in Gestalt eines obligatorischen Verhältnisses [1]).

1) Andere Beispiele mehrfacher und verschiedenartiger Sanktion derselben Absicht: 1) Eigenthum und b. f. possessio, 2) civilis und naturalis obligatio u. s. w. Unter sich sind, wie schon bemerkt, diese Beispiele ausserordentlich verschieden; aber der gemeinsame Gesichts-

Damit ist nun aber ein Punkt berührt, der noch eine weitere Erörterung nöthig macht.

§. 118.

Zwischen Verpflichtung und Veräusserung besteht zunächst ein Gegensatz der empirischen Vorstellung und Absicht (S. 15); und es läge daher eine ganz unerträgliche Vergewaltigung der letzteren vor, wenn die Rechtsordnung die Verpflichtung in Beziehung auf Sachleistungen ohne Weiteres als Veräusserung sanktioniren wollte und umgekehrt[1]. Das römische Recht ist von einer solchen Identificirung und Indifferenzirung beider Absichten so weit entfernt, dass es umgekehrt beim Rechtsgeschäfte unter Lebenden die Sanktion jeder derselben von anderen und zwar unter sich nicht verträglichen Voraussetzungen abhängig[2] macht.

Allein es ist gleichwohl möglich, dass für die empirische Absicht der Unterschied zwischen Verpflichtung und gegenwärtiger Veräusserung zurücktritt hinter der allgemeineren Absicht der „Zuwendung". Für diese ist Verpflichtung oder sofortige Veräusserung nur das Mittel, und diesem Mittel gegenüber verhält sich die empirische Absicht möglicherweise gleichgültig; sie überlässt es der Rechtsordnung, ob die beabsichtigte Zuwendung durch sofortige Veräusserung oder nur mittels vorhergehender Verpflichtung zu realisiren ist; die Zuwendungsabsicht enthält alternativ die Veräusserungs- und die Verpflichtungsabsicht, und zwar möglicher Weise auch dann, wenn sie selbst nur in der einen oder andern Form zum Ausdruck gekommen ist.

I. Diese Gleichgiltigkeit gegen das Mittel der Zuwendung tritt im römischen Recht zuerst bei den Vermächtnissen hervor. Da die Wirkung der Zuwendung sich im Testator selbst nicht fühlbar macht, sondern erst im Erben, so wird es jenem auch bis zu einem gewissen Punkte gleichgiltig sein, ob sie sich als Verpflichtung oder als unmittelbare Entfremdung der Sache wirksam zeigt. Daher gibt der Testator seiner

punkt ist der, dass die Verschiedenartigkeit der Sanktion ihre Grundlage nicht in der Absicht hat.

1) Vgl. Kohler bei Ihering Bd. 18 S. 150 und S. 156; der scheinbare Widerspruch zwischen beiden Stellen hätte der Ausgleichung bedurft.

2) Aehnliches galt ursprünglich auch vom Vermächtnisse.

Absicht der Zuwendung wohl den copulativen (alternativen) Ausdruck: do lego darique volo [1]) — und ebenso ist das Vermächtniss einer geschuldeten Sache ohne Weiteres als Vermächtniss des Schulderlasses verstanden worden [2]).

Noch weiter ist in dieser Beziehung das S. C. Neronianum gegangen, welches an Stelle der ausdrücklich angeordneten, aber unwirksamen Veräusserung ohne Weiteres die Verpflichtung treten lässt; — das Vindicationslegat, welches als solches ungiltig ist, wird als Damnationslegat aufrecht erhalten [3]).

Der entsprechende Schritt in der entgegengesetzten Richtung wäre der gewesen, dass auch das Damnationslegat beim Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen mit der Wirkung des unmittelbaren Eigenthumsübergangs sanktionirt wurde. Dieser Schritt, wodurch der Willens a u s d r u c k nach beiden Seiten hin für gleichgiltig erklärt worden wäre, ist nicht geschehen; ein dringendes Bedürfniss dazu war auch nicht vorhanden. Demnach surrogirt das frühere Recht zwar der ausgesprochenen Veräusserungsabsicht die Verpflichtungsabsicht, nicht aber umgekehrt.

Zum consequenten Abschlusse ist erst J u s t i n i a n gelangt, und zwar dadurch, dass er überhaupt den formalen Ausdruck des Vermächtnisswillens beseitigt und damit zugleich, wo er doch vorkommt, für unerheblich erklärt hat [4]). Demnach operirt die Rechtsordnung jetzt ohne Rücksicht auf den Wortlaut der Erklärung nur noch mit dem Z u w e n d u n g s w i l l e n, und sanktionirt denselben je nach den o b j e c t i v e n Voraussetzungen bald als Absicht der Verpflichtung bald als Absicht der Veräusserung. Diese Indifferenz der Erklärung hat nur da eine Grenze, wo der entgegengesetzte Wille des Testators erkennbar vorliegt. Aber gerade hier muss einem Missverständ-

1) L. 30 pr., §. 4 D. de adim. leg. (34, 4).

2) D. h. die Absicht der „Zuwendung" ist so sanktionirt worden, wie sie nach Lage der Dinge sanktionirt werden konnte. L. 1, L. 25, L. 28 §. 2 D. de lib. leg. (34, 3).

3) Diese Inhaltsangabe ist freilich nur approximativ, aber für unsere Zwecke genügend.

4) L. 1 C. communia de leg. et fideic. (6, 43). A r n d t s in G l ü c k's Commentar Bd. 46 S. 56 fgg. Auf das Einzelne kann hier natürlich nicht eingegangen werden.

nisse begegnet werden. An der Beschaffenheit der rechtlichen Sanktion als solcher hat der Testator kein Interesse, und zwecklose Umwege kann er der Rechtsordnung hier sowenig wie sonst vorschreiben. Die Meinung also, als hinge es so zu sagen von dem juristischen Geschmacke des Testators ab, welche Wirkung eintreten solle, ist — ganz abgesehen von ihrer praktischen Unmöglichkeit — auch aus principiellen Gründen zu verwerfen; wir kämen damit ja hinter das S. C. Neronianum zurück [1]). Wohl aber kommt in Betracht, ob der Testator die Sache als fremde gekannt hat, beziehungsweise ob er sie für jeden Fall, sei sie seine eigene oder eine fremde, zuwenden wollte. Hat er sie für die eigene gehalten, so ist die Annahme, als habe er den Erben auch verpflichten wollen, sie als fremde dem Legatar zu verschaffen, ausgeschlossen; und zwar trat unter dieser Voraussetzung auch schon das S. C. Neronianum nicht in Wirksamkeit [2]). Hier handelt es sich um den Umfang der dem Erben auferlegten Last, und insoferne um eine Frage der concreten Interpretation.

§. 119.

II. Ein zweiter Fall, wo uns im römischen Rechte eine gewisse Gleichgiltigkeit gegen den Unterschied von Veräusserung und Verpflichtung begegnet, betrifft, wie schon am Schlusse des §. 117 erwähnt wurde, die Bestellung von Prädialservituten [3]).

An sich liegt in jeder Bestellung einer Servitut eine Verpflichtung und dem bestellenden Laien wird dieses Merkmal gerade in erster Linie entgegentreten. Allein auf der einen Seite geht die empirische Absicht über die blose Verpflichtung hinaus, und andererseits absorbirt die auch dem Bestellenden gegenüber wirksame dingliche Sanktion das Interesse an der mit unterlaufenden Verpflichtung. Daraus erklärt sich, dass regelmässig lediglich die dingliche Sanktion in Betracht kommt, gerade wie bei der Veräusserung der Sache selbst.

1) A. A. Arndts a. a. O. S. 80, aber ohne allen Beweis. Dass der Testator dem Legatar das Pfandrecht entziehen kann, ist richtig, beruht aber auf einer ganz andern Erwägung.

2) L. 67 §. 8 D. de leg. II (31); §. 4 I. de legat. (2, 20).

3) Vgl. Lenel a. a. O. S. 185 fgg.

Allein sobald der dinglichen Sanktion ein Hinderniss im Wege steht, lebt auch das Interesse an der Verpflichtung wieder auf[1]; dieselbe erscheint alsdann als Surrogat der nicht oder nicht vollständig wirksamen Alienation. Dies ist nach römischer Anschauung der Fall bei der Einräumung von Servituten an Provincialgrundstücken[2]. Die civilrechtlichen Formen der Bestellung sind nicht zulässig, andere nicht vorhanden; die Sanktion schliesst sich an das in Stipulationsform gegebene Versprechen an; die Absicht ist hier und dort im Wesentlichen die nämliche, nur das Mittel der Verwirklichung verschieden. Die weitere Frage, wie nun genauer die Bedeutung dieser Stipulation zu denken ist, hat für uns nur untergeordnetes Interesse. Die eine Ansicht, vertreten insbesondere von Ihering[3], geht dahin, dass die Stipulation schlechthin an Stelle der civilen Bestellung trete, dafür aber auch die Eigenthümlichkeit habe, dass sie aktiv und passiv auf die Singularsuccessoren übergeht. Ganz abgesehen von allen andern Bedenken[4] weiss diese Ansicht mit den pacta, die copulativ mit den stipulationes als Quelle der Berechtigung aufgeführt werden (Gai. II, 31), Nichts anzufangen. Die andere Ansicht, der ich mich anschliesse, erblickt vielmehr in der Stipulation nur das Surrogat der Tradition, so dass beides zusammen, Pactum und Stipulation, die Servitut erzeugt, während die blose Stipulation eine blose persönliche Verpflichtung hervorbringen würde. Wir haben dann ganz wie bei der Uebereignung die Sanktion einer combinirten Absicht, während hier wie dort das blose Pactum nicht sanktionirt ist. Die interessante Erscheinung aber, dass die Uebergabe hier durch Verpflichtung ersetzt wird, bleibt auch bei dieser Auffassung bestehen[5].

1) Es kann dabei auch an die Analogie der exceptio rei venditae et traditae erinnert werden. (S. 63).

2) Ob blos bei dieser oder auch bei anderweitiger formloser Bestellung von Servituten, die auch civilrechtlich hätten bestellt werden können, ist hier nicht weiter von Interesse.

3) in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 544 fgg.

4) Vgl. Burckhardt im Glück'schen Commentare, Serie der Bücher 39 und 40, III, S. 322 fg.

5) Völlig überzeugend Karlowa Rechtsgeschäft S. 224, Burckhardt a. a. O. Eigentlich sollte doch die L. 20 D. de serv. (8, 1)

III. Es ist endlich sehr wohl möglich, dass auch beim Weggeben von Sachen unter Lebenden das Interesse an der Unterscheidung zwischen Verpflichtung und sofortiger Veräusserung für die empirische Absicht gleich Null ist [1]). Wenn alsdann die Rechtsordnung weder für die Verpflichtung eine bestimmte Form noch für die Veräusserung die Uebergabe verlangt [2]), so kann sofort diejenige Sanktion eintreten, deren Thatbestand in seinen objectiven Merkmalen gegeben ist. Liegt derjenige der Veräusserung vor, so wird die Sanktion desselben nicht dadurch aufgehalten, dass der Handelnde seine Absicht mit den Ausdrücken der Verpflichtung manifestirt hat; bei entgegengesetztem Verfahren würde die Rechtsordnung ganz ebenso einen völlig nutz- und zwecklosen Umweg sanktioniren, wie wenn sie etwa dabei stehen bleiben wollte, dass der in allen Punkten fertige Vertrag von den Parteien nur als Vorvertrag bezeichnet ist [3]). Ebenso aber wird die Rechtsordnung die nicht sofort vollziehbare Veräusserungsabsicht als Verpflichtungsabsicht festhalten [4]). Nur dass auch hiebei an dem materiellen Inhalte der Absicht nichts geändert werden darf. Dies wäre — ähnlich wie oben beim Legate — z. B. der Fall, wenn die nicht sofort realisirbare Absicht der Veräusserung einer bestimmten Sache sanktionirt würde als Verpflichtung zur Leistung in genere, und umgekehrt das Versprechen in genere als präsente Veräusserung einer bestimmten Sache dieses Genus.

In diesen Zusammenhang gehört unzweifelhaft die Bestimmung des Code civil Art. 1589:

La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement reciproque des deux parties sur la chose et sur le prix,

als entscheidend angesehen werden; hier ist die Stipulation mit dürren Worten als Surrogat der Tradition bezeichnet. Vgl. L. 3 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1); L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1).

1) Vgl. Bd. I S. 613.

2) So dass die Zuwendung unter Lebenden in dieser Beziehung ganz dem Vermächtnisse ähnlich ist.

3) Von diesem Verhältnisse wird später noch weiter die Rede sein.

4) Da, wo weder Tradition noch Form nöthig ist, wird — namentlich etwa in Süddeutschland — die Verpflichtungs- und die Veräusserungsabsicht auch sprachlich nicht leicht zu unterscheiden sein. „Ich gebe“ bedeutet sowohl do als dabo.

in Verbindung mit Art. 1583:

Elle (la vente) est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Für das gemeine Recht ist es beim Geschäfte unter Lebenden

1) nicht möglich, die blose Verpflichtungsabsicht als Veräusserungsabsicht zu sanktioniren; denn es fehlt der Thatbestand der letzteren. Wohl aber kann
2) im heutigen Rechte die Veräusserungsabsicht bei mangelnder Uebergabe als Verpflichtungsabsicht sanktionirt werden; eine Form für die letztere ist überall nicht erforderlich.

Weiter wird auf diese Punkte später einzugehen sein.

§. 120.

Wie in der empirischen Absicht die Freiheit des Einzelnen, so kommt in der Sanktion die Macht der Rechtsordnung zur Geltung; das sanktionirende Recht denkt nicht und will nicht statt des Handelnden: es will, was ausser ihm überhaupt Niemand wollen kann.

Aber es ist möglich, dass die Rechtsordnung zugleich über diese blos sanktionirende Thätigkeit hinausgeht.

Der vom Handelnden beabsichtigte Erfolg erzeugt selbst wieder neue Wirkungen, oder kann durch gegenwirkende Ursachen gelähmt oder von der richtigen Bahn abgelenkt werden; die Entwickelung des durch den Willen hervorgerufenen Verhältnisses führt zu manchfachen weiteren Beziehungen, Erwartungen, Ansprüchen u. s. w. Beschränkt sich die Rechtsordnung lediglich auf die Sanktion des unmittelbar beabsichtigten Erfolges, so kommen diese ferneren Wirkungen nur insoferne in Betracht, als sie Thatbestände bilden, an welche sich als solche rechtliche Wirkungen anschliessen (Delikte u. s. w.). Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt es dem Handelnden überlassen, auch diese mittelbaren Erfolge, diese blosen Möglichkeiten, zum Gegenstande fürsorgender Willensbestimmung zu machen, die dann erst selbst wieder rechtlicher Sanktion bedarf. Gewissermassen Schritt für Schritt begleitet die Rechtsordnung die Absicht; jede weitere Sanktion setzt einen neuen empirischen Willen voraus.

Dem Einzelnen aber ist es nicht immer möglich, diese Eventualitäten vorher zu überblicken und rechtzeitig seine fürsorgende Absicht auch auf sie zu erstrecken. Im obligatorischen Verkehr tritt hier an die Stelle der Absicht zunächst — mehr oder minder bewusst — das Vertrauen zum Gegner, dass derselbe gegebenen Falls sich nach Art ehrlicher Leute benehmen werde[1]).

Allein dieses Vertrauen kann illusorisch sein, auch kann — beim besten Willen — das Urtheil der Betheiligten über das, was dieser Art angemessen ist, weit auseinander gehen.

Hier greift die Rechtsordnung ergänzend ein und hier ist der Punkt, wo sie in Wahrheit für den Einzelnen denkt und sorgt. Sie erwägt auf Grund der durchschnittlichen Erfahrung diese Eventualitäten; sie ersetzt insofern die empirische Vorstellung und Absicht des Einzelnen, indem sie die Lücke der concreten Absicht ausfüllt durch die Absicht, welche hier regelmässig vorhanden ist, und dieser Absicht die Sanktion ertheilt, wie wenn sie auch in diesem concreten Falle ausdrücklich erklärt worden wäre. An die Stelle des Vertrauens zum Gegner oder neben dasselbe kann nun das Vertrauen zur Rechtsordnung treten, dass sie auch für weitere Eventualitäten zur Aushilfe bereit ist. Auch wo das Vertrauen zum Gegner im Stiche lässt, steht die Rechtsordnung ergänzend und fürsorgend im Hintergrunde.

Es handelt sich dabei wesentlich[2]) um das Gebiet der bona fides als ergänzender Norm der empirischen Absicht. Was ich darüber im ersten Bande S. 616, 628 fgg. ausgeführt habe[3]), halte ich in allen wesentlichen Punkten auch jetzt noch für richtig. Indem ich hierauf verweise, beschränke ich mich hier auf folgende Bemerkungen:

1) Dieses Vertrauen wird ja zuweilen auch ausdrücklich ausgesprochen: „das wird sich finden“; „darüber werden wir uns nicht entzweien“ u. s. w.

2) Wesentlich, aber nicht ausschliesslich, denn Ergänzungen der concreten Absicht kommen auch ausserhalb des obligatorischen Verkehrs vor (z. B. die Collation bei der testamentarischen Erbfolge); und auch innerhalb desselben sind nicht alle Ergänzungen auf die bona fides zurückzuführen.

3) Vgl. dazu Pernice Labeo II S. 74 fg.

1) Auch in der bona fides ist rechtliche Sanktion enthalten. Aber sie ist mehr, sie kann daher auch fehlen, wo im Uebrigen gleichwohl rechtliche Sanktion vorliegt; sie ist zugleich Ergänzung der empirischen Absicht und zwar auf Grund der durchschnittlichen Erfahrung oder auf Grund der Reflexion über die innere Angemessenheit des Verhältnisses.

2) Darum werden denn auch diese Ergänzungen den Handelnden nicht aufgedrängt; sie werden von der Rechtsordnung nur angeboten, weshalb auch der Ausdruck: „dispositive Rechtssätze“ hier ganz angemessen ist. Insoweit kann man daher auch von einer Unterwerfung des Einzelnen sprechen. Besser aber als dieser leicht irreführende Ausdruck wäre der Ausdruck „Annahme“.

3) Indessen ist doch auch hier eine gewisse Vorsicht in der Auffassung geboten. Die Bestimmungen der bona fides sind zweischneidig. Von dem Theil, dem sie im gegebenen Falle zum Vortheil gereichen, ist leicht zu sagen, er eigne sie sich (nachträglich) an, er unterwerfe sich [1]. Beim Gegner ist ein solcher Unterwerfungswille nicht immer nachzuweisen; wir kommen damit wieder auf Fiktionen. Vielmehr müssen wir sagen, diese ergänzenden Bestimmungen sind insoferne Bestandtheile der Sanktion, als sie wie diese weder concrete Absicht noch concretes Bewusstsein voraussetzen; aber sie treten — eben weil sie zunächst Ergänzungen der empirischen Absicht sind — nicht ein, wenn sie durch beiderseits erklärte Absicht ausgeschlossen sind. Sie sind gleichsam ein beweglicher Theil der Sanktion.

4) Vollständig aber sollte man diese die concrete empirische Absicht niemals ersetzenden sondern nur ergänzenden Bestimmungen von derjenigen rechtlichen Ordnung trennen, die dann eintritt, wenn eine empirische Absicht gar nicht vorliegt. Dass die Intestaterbfolge und das gesetzliche Güterrecht der Ehegatten noch immer mit jenen Ergänzungen der rechtsgeschäftlichen Absicht unter dem Namen des „dispositiven“ Rechtes zusammengefasst werden, ist kein gutes Zeugniss für den Werth unserer Systematik [2].

1) Vgl. Schlossmann in der Wiener Zeitschrift Bd. 8 S. 567.

2) Vgl. hiezu Bülow a. a. O. S. 71 fgg.

Zweites Kapitel.

Der Kauf als Rechtsgeschäft.

§. 121.

Um die rechtliche Beschaffenheit des Kaufes, zunächst in ihren allgemeinen Merkmalen, zu erforschen, werden wir auf Grund der Ergebnisse des vorigen Kapitels zwei Elemente scharf zu unterscheiden haben, die empirische Absicht und die zu derselben hinzutretende rechtliche Sanktion.

Die letztere ist heutzutage noch so gut wie im Alterthum ausserordentlich vielgestaltig; sogar auf dem nämlichen räumlichen Gebiete besteht eine doppelte rechtliche Ordnung des Kaufes, die „bürgerliche" und die „handelsrechtliche", neben einander. Von diesem Standpunkte aus kann also überhaupt nicht vom Wesen oder von der Natur des Kaufes die Rede sein; nach der Seite der Sanktion ist er das durchaus positive Product von nationalen Rechtsanschauungen, von Zeitanschauungen, von volkswirthschaftlichen Verhältnissen, von Zweckmässigkeitserwägungen, von geschichtlichen Voraussetzungen und Ueberlieferungen, von wechselnden ethischen — ja selbst religiösen — Impulsen. Insbesondere aber steht er nach dieser Seite hin auch in unlösbarem Zusammenhang mit andern Einrichtungen des positiven Rechts, namentlich mit der Ordnung des Eigenthums.

Dass diese Manchfaltigkeit der Sanktion nicht ohne Weiteres eine Verschiedenheit derjenigen empirischen Vorstellung und Absicht, die wir als Kauf bezeichnen, voraussetzt, ist schon im vorigen Kapitel (S. 15 fgg.) erwähnt worden. Es würde sich kaum der Mühe lohnen, weiter hievon zu sprechen, wenn nicht gerade auf diesem Gebiete die tiefeingewurzelte Neigung unserer Wissenschaft hervorträte, die Eigenthümlichkeiten der Sanktion in die Absicht selbst zurückzuverlegen

und so dem nämlichen Individuum, je nachdem es in Nürnberg oder in Fürth, in Coblenz oder in Ehrenbreitstein kauft, eine erheblich verschiedene Absicht anzudichten.

Dieser falschen Methode gegenüber suchen wir vorerst die empirische Absicht selbständig zu bestimmen. Dabei setzen wir natürlich den Culturzustand voraus, der zur Einführung des Geldes und folglich auch zur Unterscheidung des Kaufens vom Tauschen vorgeschritten ist.

Innerhalb dieses Culturzustandes ist der Kauf gerade nach der Seite der empirischen Absicht in Wahrheit iuris gentium (S. 16), dergestalt, dass sich darüber auch der civilisirte Europäer mit dem afrikanischen Wilden leicht verständigen kann. Die Vorstellung und Absicht des Tauschens, des Gebens um zu nehmen, des Nehmens um zu geben, ist eine der ursprünglichsten, einfachsten und unentbehrlichsten Vorstellungen und Willensrichtungen; hier nimmt sie durch die besondere Beschaffenheit des einen Tauschobjectes eine besondere Gestalt an; die Absicht des Kaufens ist immer und überall die Absicht, sich vom Andern ein Gut gegen Geld zu verschaffen; und entsprechend die Absicht des Verkaufens die Absicht, dem Andern ein Gut gegen Geld zu überlassen [1]).

§. 122.

Der Begriff des Gutes ist dabei ebenfalls im rein empirischen, nicht aber im einseitig ökonomischen Sinne genommen. Die Vorstellung des um Geld käuflichen Gutes ist aber bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden, so dass gerade durch sie auch dem empirischen Kaufe wohl ein nationales und geschichtliches Gepräge verliehen werden kann. Sache der Rechtsordnung ist es dann weiter, aus der empirischen Vorstellung die Güter auszuscheiden, deren Kauf rechtlich sanktionirt ist [2]).

Aber ein Gegensatz im Begriffe des Gutes wird sich frühzeitig der empirischen Anschauung überall aufdrängen. Als Gut er-

1) Vgl. L. 1 pr. D. h. t. (18, 1).

2) Auch der rechtlich sanktionirte Kauf beschränkt sich nicht immer und überall auf ökonomische Güter (Kauf im Familienrecht, noch im christlichen Rechte Kauf freigeborener Kinder u. s. w.). Umgekehrt kann thatsächlich ein vielleicht sehr schwunghaft betriebener Kauf mit Objecten bestehen, die keine Kaufobjecte im rechtlichen Sinne sind.

scheint einmal ein gewisses Object in seiner Totalität; als Güter hinwiederum kann man auch betrachten die einzelnen von der Sache ausgehenden Kräfte und Wirkungen, also die Eigenschaften der Sache, insofern sie fortdauernd zur Befriedigung immer neuer Bedürfnisse dienen. Diese Unterscheidung führt sofort auch zur Unterscheidung der Vorstellung des (definitiven) Habens und des blosen vorübergehenden Gebrauchens. Beides kann man sich gegen Geld verschaffen: aber schon der Umstand, dass im zweiten Falle der Erfolg mit dem Geben und Nehmen nicht erfüllt ist, sondern eine zweite Absicht auf Rückgabe des Objects selbst hinzutritt, muss den Gegensatz beider Verhältnisse überall frühzeitig zum Bewusstsein bringen. Möglicher Weise bleibt die Miethe in der Entwicklung hinter dem Kaufe zurück. Dieser liegt für den einfachsten Verkehr viel näher als jene, wie es ja auch in der entwickelten Cultur noch gar viele Dinge gibt, die man zwar kauft aber normaler Weise nicht miethet. Umgekehrt ist auch möglich, dass sich die Sanktion der Miethe frühzeitiger zu einem reichhaltigen Inhalte entwickelt und so auf die Fortbildung des Kaufrechts zurückwirkt [1]). Aber dass in der empirischen Vorstellung die Begriffe von Kaufen und Miethen längere Zeit unentschieden bleiben sollten, ist nicht denkbar [2]).

So gelangen wir durch diesen Gegensatz zu schärferer Hervorhebung eines Momentes innerhalb der Absicht des Kaufens. Der Käufer will sich das Gut in seiner Totalität vom Verkäufer verschaffen, nicht blos die Möglichkeit vorübergehenden Gebrauches; die Absicht des Käufers geht dahin, dass ihm der Verkäufer die Sache definitiv überlasse. Nehmen (emere) um zu behalten (habere), Geben um Wegzugeben (venum dare), darin liegt das charakteristische Moment der Absicht.

Es lässt sich das auch so ausdrücken: die Absicht des Käufers ist die, die Sache so zu bekommen, wie der Verkäufer

1) Bd. I S. 419 fg.

2) Dies gilt natürlich nur von der Sachen- und Dienstmiethe, nicht von der zwitterhaften locatio conductio operis. Auch sonstige Grenzstreitigkeiten sind natürlich durch die obige Bemerkung nicht ausgeschlossen; soweit dieselben im römischen Recht hervortreten, wird später ausführlich davon gesprochen werden.

sie gehabt hat, so dass nichts davon bei diesem zurückbleibt [1]).

Dieses definitive Ueberlassen der Sache ist davon ganz unabhängig, dass dieselbe dem Verkäufer gehört. Wäre die Richtung auf den Rechtserfolg dem Willen des Käufers wesentlich, so wäre der wissentliche Kauf fremder, namentlich aber gestohlener Sachen sinnlos. Da umgekehrt dieser Handel zu allen Zeiten und bei allen Völkern unter der Herrschaft jeglicher Rechtsordnung bestanden hat, so ist für die empirische Absicht jenes Moment offenbar gleichgiltig. Der wissentliche Kauf einer fremden Sache mag unter Umständen unsittlich sein, er mag der rechtlichen Sanktion entbehren, aber unvernünftig ist er gewiss nicht.

Wohl aber — und diese beiden Punkte sind unendlich oft verwechselt worden — geht die Absicht des Käufers dahin, die Sache so zu erhalten, wie sie der Andere gehabt hat, also ihm gegenüber definitiv; und daraus folgt, dass falls sie dem Verkäufer auch gehört, die Absicht des Käufers nicht durch das Ueberlassen des Besitzes erfüllt ist; es würde ja gerade, wenn das Gehören, also das Recht, beim Verkäufer zurückbliebe, der definitive Erwerb ihm gegenüber fehlen. Die bekannten Worte des Labeo [2]):

> Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

bringen also lediglich die Absicht zur Geltung; sie sagen nicht, dass in jedem Falle Eigenthum übergehen müsse, sondern nur, dass es mit Nothwendigkeit übergehe, wenn es übergehen kann; sonst würde Miethe u. s. w. vorliegen.

Dieser Erfolg ist, wie sich schon oben gezeigt hat (S. 26), auch gar nicht dadurch bedingt, dass der Käufer die rechtliche Beziehung des Verkäufers zur Sache sich richtig vorstellt. Die im Kaufe liegende Absicht, die Sache dem Andern definitiv abzunehmen, bringt es mit sich, dass Eigenthum übergeht, auch wenn der Käufer den Verkäufer für den Nichteigenthümer gehalten hat.

Die Absicht des Kaufens ist die Absicht, die Sache (gegen

1) Inwiefern eine Modification durch Vorbehalt von Servituten u. s. w. eintreten kann, bleibt hier noch ganz ausser Betracht.

2) L. 80 §. 3 D. h. t.

Geld) definitiv vom Andern zu erhalten. Der Erfolg dieser Absicht ist ein verschiedener je nach der Beziehung, in der der Verkäufer zur Sache steht [1]).

Diese Absicht nimmt daher auch die Gestalt einer Verpflichtung des Verkäufers an — nämlich nicht blos zum Geben, sondern auch zum Lassen (habere licere) [2]). Für die rechtliche Sanktion kann diese Verpflichtung durch die weitergehende dingliche oder possessorische Wirkung des vollzogenen Kaufes absorbirt werden; ganz ist sie auch neben derselben nicht zu entbehren; und ihre feinste Ausbildung hat sie in der exceptio rei venditae et traditae erhalten. Bei Gütern, mit welchen weder ein dinglicher noch ein possessorischer Schutz verbunden ist, hat sie eine noch viel weiter gehende Bedeutung (S. 54). —

Mit dieser Absicht, die dem Gegner gegenüber besteht und durch seine Handlung realisirt wird, ist nun aber noch etwas anderes verbunden, nämlich die Erwartung, dass die Sache, die der Verkäufer, soviel an ihm liegt, definitiv überlässt, auch dritten Personen gegenüber definitiv dem Käufer erworben ist. Mit der Absicht des (subjectiv) definitiven Nehmens verbindet sich die Erwartung, dass dieses Nehmen die Ursache eines objectiv definitiven Zustandes des Habens und Behaltens sein wird [3]). Wo diese Erwartung vollständig fehlt, wird nicht leicht Jemand im Ernste kaufen. Aber sie selbst kann ganz verschieden begründet sein:

1) Sie kann beruhen auf dem Vertrauen, dass der Verkäufer durch seine Beziehung zur Sache in der Lage ist, diesen objectiven Zustand zu erzeugen. Mit dem Ueberlassen ist nach dem Glauben des Erwerbenden das Haben schlechthin,

1) Sehr charakteristisch ist es, dass Paulus in L. 2 §. 2 D. pro emt. (41, 4) die affectio emtoris ausdrücklich von der Vorstellung, ob die Sache dem Verkäufer gehört oder nicht, unabhängig sein lässt.

2) Vgl. L. 11 §. 18 D. de a. e. v. (19, 1); L. 83 pr. D. de V. O. 45, 1. (Die Frage, ob sich diese Stellen, namentlich die erstere, auf den Sachenkauf beziehen, bleibt hier ganz offen.)

3) Durch dieses Moment der Causalität unterscheidet sich diese Erwartung von der Hoffnung, dass keine neuen Ursachen eintreten werden, durch welche die Sache wieder entzogen wird. Diesen Unterschied hat Lenel a. a. O. S. 215 nicht genügend hervorgehoben.

nicht nur dem Andern gegenüber verbunden. Wo die Erwartung auf diesem Vertrauen beruht, nennen wir den Käufer einen redlichen Käufer (bonae fidei emtor), und wir sagen, die Absicht des redlichen Käufers geht dahin, das Gut eigenthümlich (S. 15) zu erwerben. Ob er sich diesen objectiven Erfolg als einen Rechtserfolg vorstellt oder nicht, ist ganz gleichgiltig, ebenso wie es gleichgiltig ist, ob er sich die diesen Erfolg bedingende Beziehung des Verkäufers zur Sache richtig vorstellt. Jedenfalls wollte er einen Erfolg, der, wenn er eintritt, ein Rechtserfolg, und zwar ein absoluter Rechtserfolg ist. — Dieser Fall ist der durchaus normale; er ist daher auch die eigentliche Grundlage für die Ausgestaltung der rechtlichen Sanktion.

2) Sie kann auch ohne diesen Glauben vorhanden sein, der Käufer ist alsdann ein unredlicher Käufer. Scheiden wir aber hier das grosse Gebiet der Fälle aus, wo es sich um den wissentlichen Kauf einer res furtiva handelt, so bleiben doch zumeist nur solche Fälle übrig, wo der Käufer kauft in der Erwartung nachträglicher Zustimmung des Berechtigten, nachträglichen Erwerbes der Sache von Seiten des Verkäufers oder einer sonstigen nachträglichen Beseitigung des Mangels; oder anderntheils die Fälle, wo gekauft wird im Bewusstsein des einem Dritten zustehenden Pfandrechts, aber zugleich in der hier besonders nahe liegenden Erwartung, dass dasselbe nicht zur Geltung kommen werde[1]).

Wir können also jetzt wohl zusammenfassend sagen:

1) Die Absicht des Käufers geht dahin, dem Verkäufer gegen Geld das Gut definitiv abzunehmen, in der Erwartung, dass dadurch für ihn auch der Zustand des objectiv definitiven Habens und Behaltens, der beliebigen Verfügung über das Gut, verursacht werde.

1) Vgl. Donellus c. j. civ. L. 13 c. 1 §. 13. Rei quidem alienae consistit emtio, sed ideo quia spes est nihilominus eam aut acquiri posse, venditore eam redimente, aut venditore emtorem tuente posse haberi. Vgl. hiezu Bd. I S. 8 fgg., S. 102 fgg. Für die geschichtliche Entwicklung kommt begreiflicherweise wesentlich der redliche Kauf in Betracht; deshalb trat für die Untersuchungen des ersten Bandes der andere Fall durchaus zurück. — Kohler in der Zeitschrift für französisches Civilrecht Bd. 8 S. 510 fgg.

2) Je nach der Grundlage dieser Erwartung ist der Käufer ein redlicher oder ein unredlicher.

3) Je nach der Beziehung des Verkäufers zur Sache ist mit dem Verkaufe ein objectiver Rechtserfolg verbunden oder nicht [1]).

§. 123.

Für die rechtliche Beschaffenheit des Kaufs ist kaum eine Frage von grösserer Bedeutung als die, wie sich die Sanktion zu jener Erwartung verhält. Im Allgemeinen sind zwei Systeme möglich [2]).

I. Die Rechtsordnung kann die rechtliche Möglichkeit der Erfüllung derselben zur Voraussetzung der rechtlichen Sanktion machen, aus Gründen der Rechtssicherheit, der Sittlichkeit u. s. w. Dann beschränkt sich die Sanktion des Kaufes auf die Fälle, wo der Verkäufer seine eigene Sache verkauft [3]), denn nur hier ist diese Möglichkeit gegeben. Der Kauf einer fremden Sache kommt nur in Betracht als Thatbestand, aus welchem, wie auch aus dem nichtigen Kauf im römischen Rechte, Entschädigungsansprüche hervorgehen. Der Kauf erscheint dann innerhalb des Rechtssystemes wesentlich als Grundlage des Eigenthumserwerbes; die Obligation des Verkäufers besteht in der technischen Sprache des römischen Rechts in dando. Dabei ist indessen nicht ausgeschlossen, dass der anfängliche Mangel des Eigenthums geheilt werden kann durch hinzukommende Ersitzung oder einen andern Erwerb, der sich ohne weitere Aufopferung des Käufers vollzieht [4]).

1) Es kann also

a) der Käufer redlich sein und doch kein objectiver Erfolg eintreten,

b) der Käufer unredlich sein und doch objectiver Erfolg eintreten (S. 26).

2) Vgl. Bd. I S. 102 fgg.

3) Beziehungsweise zur Veräusserung einer fremden Sache berechtigt ist. Diese Erweiterung wird in dieser allgemeinen Untersuchung ferner nicht besonders hervorgehoben.

4) Jedenfalls im römischen Rechte greift auch bei der obligatio quae in dando consistit, ebenso wie bei Vorleistungen, die in dare bestehen, Ersitzung u. s. w. ergänzend ein; der Erwerbende braucht sich nur nicht auf Ersitzung vertrösten zu lassen; ist sie aber eingetreten, so kann er nicht rückwärts den anfänglichen Mangel des Eigenthums geltend machen. Für die neueren Rechtsordnungen hängt diese Frage davon ab, wie sie

Keiner Sanktion ist demnach theilhaftig

1) der wissentliche Kauf einer fremden Sache, aber

2) ebenso auch der gutgläubige Kauf einer solchen, nur dass im letzteren Falle ein gewisser Zustand der Schwebe eintreten kann.

Dass in diesem Systeme die Eviktion nur eine declaratorische Bedeutung hat, versteht sich ganz von selbst.

Diese Ordnung des Kaufs, welche den objectiven Rechtserfolg als wesentlich postulirt und in Ermangelung desselben auch eine subjective rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer nicht gelten lässt, kann als diejenige der neueren Gesetzgebungen bezeichnet werden [1]).

II. Eine wesentlich andere Stellung nimmt das römische Recht ein. Dasselbe abstrahirt zunächst von der Möglichkeit der Erfüllung jener die redliche Absicht begleitenden Erwartung.

Die Sanktion hat daher in erster Linie eine durchaus subjective Beziehung; sie besteht darin, dass der Verkäufer die Sache, sie sei eigen oder fremd, dem Käufer definitiv überlassen muss; nur wo diese Möglichkeit von Rechtswegen fehlt (Sachen ausserhalb des Verkehrs u. s. w.), ist der Kauf gegenstandslos und deshalb nichtig [2]).

Im Uebrigen kann der Verkäufer dem Käufer auch eine fremde Sache überlassen; er ist dazu verpflichtet und die Wirkung für ihn ist auch hier die, dass er selbst dem Käufer die Sache nicht wieder abnehmen kann, auch wenn er

sich zur Ersitzung verhalten. — L. 167 pr. D. de R. J. (50, 17); L. 75 §. ult. d. V. O. (45, 1).

1) Preuss. Landrecht I, 11 §. 1. Dazu Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts II (3. Aufl.) S. 340, 361, 385. (Etwas anderes ist es, dass das pr. LR. den zugleich wissentlichen und gutgläubigen Kauf einer fremden Sache als Vertrag über die Handlung eines Dritten auffasst, nach Analogie des wissentlichen Legats einer fremden Sache). — Code civil art. 1599 u. dazu Kohler a. a. O. S. 535 fgg., wo mir nur die Auffassung, dass die fremden Sachen unter ein gesetzliches Veräusserungsverbot gestellt seien, verfehlt erscheint. — Weitere Nachweisungen bei Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigenthumsübertragung S. 41.

2) Jedoch mit einer sehr wichtigen Modification bezüglich des gutgläubigen Verkaufs von Pseudosklaven, Bd. I S. 686.

nachträglich Eigenthümer derselben geworden ist. Nach Aussen aber erhält der Käufer der fremden Sache eine gewisse Selbständigkeit durch den Schutz des Besitzes, der durch das Institut der accessio possessionis gesteigert und namentlich auch dem Verkäufer selbst gegenüber wirksam gemacht wird.

Jeder weitere Erfolg des Kaufes hängt also gewissermassen vom Zufall ab; ist die eigene Sache Gegenstand des Verkaufes, so geht unter Beobachtung der allenfalls erforderlichen Förmlichkeiten auch Eigenthum über; der innere Zusammenhang ist schon oben dargestellt worden. Ganz klar ist dieses Verhältniss von Ulpian in L. 11 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1) ausgesprochen:

Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat [1]).

Indem das römische Recht das subjective Element an die Spitze stellt, verliert der Gegensatz zwischen eigener und fremder Sache die principielle Bedeutung, und die empirische Absicht ist in viel weiterem Umfange sanktionirt, das Gebiet des „nichtigen" Kaufes in viel engere Gränzen zurückgedrängt, als nach dem andern System.

A. Schlechthin ist die Sanktion nur verweigert dem beiderseits oder auf Seiten des Käufers wissentlichen Kauf einer res furtiva; hier sind offenbar sittliche Erwägungen, die auch sonst im klassischen Rechte mehrfach in das Recht des Kaufes eingreifen, massgebend gewesen [2]).

B. Andererseits aber kommt die Rechtsordnung der Erwartung des redlichen Käufers entgegen

1) durch das Institut der Ersitzung. Dasselbe hat hier von Anfang an eine andere Funktion als innerhalb des unter I besprochenen Systems. Hier dient es zunächst den Interessen des Verkäufers, ähnlich wie es in erster Linie dem mit fremdem Gelde zahlenden Schuldner zum Vortheil gereicht,

1) Vgl. auch L. 188 p. D. de V. S. (50, 16): Habere duobus modis dicitur: altero iure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit.

2) L. 34 §. 1, 3 D. h. t.; L. 42 D. de usurp. (41, 3).

wenn der Gläubiger durch Vermischung u. s. w. Eigenthümer wird; dort handelt es sich umgekehrt in erster Linie darum, dass die Erwartung des Käufers nachträglich erfüllt werde. Deshalb ist die weitere Consequenz die, dass auch schon vor vollendeter Ersitzung der Käufer eine relative rechtliche Stellung — über das Mass des blosen Besitzschutzes hinaus erhält (Publiciana) [1]).

2) Soweit hier eine Lücke bleibt, trifft die Rechtsordnung von sich aus gar keine unmittelbare Fürsorge: sie überlässt es dem Käufer, durch besondere Verabredungen mit dem Verkäufer auf diesen die Gefahr der getäuschten Erwartung abzuwälzen. In dem Mancipationsformular ist für diese Festsetzung ohne Weiteres gesorgt, es kommt also nur darauf an, dass sich die Parteien dieser Form bedienen [2]); in allen anderen Fällen [3]) bedarf es besonderer stipulationsmässiger Festsetzung, die als solche sanktionirt ist.

Dabei wird aber auch hier noch daran festgehalten, dass der objective Rechtserfolg als solcher nicht wesentlich ist. Die Erwartung des Käufers ist nicht getäuscht, wenn die Berechtigung eines Dritten zum Vorschein kommt, ja nicht einmal dann, wenn dieselbe durch rechtskräftiges Urtheil anerkannt, sondern erst dann, wenn daraufhin das thatsächliche Haben entzogen ist. Und zwar ist es die in der Stipulation hervortretende empirische Absicht selbst, welche eine weitergehende Garantie gar nicht verlangt.

3) Diese relative Gleichgiltigkeit der Rechtsordnung gegen die Erwartung des Behaltens und ebenso die Gleichgiltigkeit der Absicht gegen den Rechtserfolg als solchen ist nun ohne Zweifel innerhalb des Systems der bona fides theilweise überwunden worden. In höherem Grade die erstere; die Garantie tritt auch ohne besondere Festsetzung ein [4]). In schwächerem Masse auch die zweite: unter Umständen kann die Garantie auch schon dann in Anspruch genommen werden, wenn es feststeht, dass ein objectiver Rechtserfolg nicht eingetreten ist oder nicht eintreten kann. Die verfeinerte — auch sittlich

1) Bd. I S. 382 fgg.
2) Bd. I S. 113 fgg.
3) Bd. I S. 367 fgg.
4) Bd. I S. 671—684.

verfeinerte Auffassung ist die, dass der Käufer mit dem ungestörten Behalten einer Sache, die sich gleichwohl als fremde herausgestellt hat, nicht zufrieden zu sein braucht [1]).

Darin liegt ohne Zweifel eine Annäherung an die modernen Anschauungen. Aber auch nicht mehr als eine Annäherung. Principiell ist auch im spätesten römischen Recht der Verkauf einer fremden Sache giltig, und zwar nicht etwa im Sinne einer Verpflichtung, dieselbe zum Zwecke des Verkaufes anzuschaffen oder den Eigenthümer zu bewegen, sie herzugeben. Der Verkauf ist giltig als direkte Leistung des Verkäufers an den Käufer. Auch jetzt noch hat die nachträgliche Entdeckung, dass die Sache fremd ist, nicht die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge, sondern Entschädigungsansprüche, die selbst als Bestandtheil der vertragsmässigen Verpflichtung des Verkäufers, nicht als unwillkürliche Wirkungen des durch den nichtigen Vertrag geschaffenen Zustandes der Beschädigung erscheinen; der Unterschied zwischen den Eviktionsansprüchen und den Ansprüchen der letzteren Art, die auch dem gemeinen Rechte nicht unbekannt sind, ist auch praktisch sehr erheblich. Auch im heutigen Rechte sind jene Ansprüche nicht immer sofort verwirkt, wenn feststeht, dass der objective Rechtserfolg nicht eingetreten ist; auch im heutigen Rechte hat die Eviktion ihre theoretische und praktische Bedeutung behalten [2]).

C. Was die einfache malae fidei emtio anlangt (im Gegensatz zum nichtigen Kaufe der res furtiva), so ist hier die Rechtsordnung nicht in der Lage, der Erwartung des Käufers irgendwie entgegenzukommen; sie gewährt weder Ersitzung noch Publiciana. Auch wird sie nicht ohne Weiteres aus dem Geschäfte einen Garantieanspruch hervorgehen lassen, — schon deshalb nicht, weil in der Regel der Käufer hier billiger kauft und in dieser Form die Gefahr auf den Verkäufer abwälzt. Im Uebrigen ist aber auch dieser Kauf sanktionirt, ja auch

1) Bd. I S. 680 fg.

2) Der Ausdruck „Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung" ist — was nicht immer genügend beachtet wird — zweideutig. Er kann die Verpflichtung zur direkten Herbeiführung dieses Erfolges bezeichnen, aber ebensowohl nur die Garantie für diesen Erfolg. Einen andern als diesen zweiten Sinn hat der Ausdruck im gemeinen Rechte nicht. Vgl. Eck a. a. O. S. 42. Windscheid §. 389 A. 8a fgg.

der ausdrücklichen Garantieübernahme von Seiten des Verkäufers steht keinerlei Bedenken, auch kein sittliches, im Wege[1]).

D. Endlich aber ist auch beim gutgläubigen Kaufe die Garantie für den Erfolg nicht wesentlich. Auch innerhalb des Systems der bona fides kann der Käufer auf dieselbe verzichten; der Kauf ist im Uebrigen vollkommen giltig und die früher weitverbreitete Meinung, dass alsdann der Käufer immerhin den Kaufpreis zurückfordern könne, beruhte ebenso sehr auf einer Verkennung des römischen Systems als auf einer falschen Interpretation der L. 11 §. 18 D. de a. e. v. (19, 1).

Demnach ist der gemeinrechtliche Kauf vom Standpunkte der Sanktion aus nicht in erster Linie ein Veräusserungsgeschäft, wenn man nämlich unter Veräusserung das mit objectivem Rechtserfolge ausgestattete Geben und Nehmen versteht. Dieser Erfolg kann unbeschadet der Giltigkeit des Kaufes fehlen, ja es kann die persönliche Haftung des Verkäufers für diesen Erfolg ausgeschlossen sein. Das Wesentliche des gemeinrechtlichen Kaufes ist vielmehr das, dass der Verkäufer dem Käufer gegen Geld die Sache thatsächlich verschafft und definitiv überlässt.

Damit kann je nach den weiteren Voraussetzungen verbunden sein:

1) objectiv definitiver Rechtserfolg,
2) objectiv relativer Rechtserfolg,
3) Garantie (im Sinne einer wirklich in Anspruch zu nehmenden).

Es kann aber dies Alles auch fehlen, und gleichwohl besteht giltiger Kauf.

§. 124.

Hieran schliesst sich dann sofort die Frage an, ob der Erfolg des Kaufes durch Festsetzung der Parteien im einzelnen Falle gesteigert werden kann. Es handelt sich also darum,

1) Es ist nach keiner Seite hin bedenklich oder anstössig, wenn der verkaufende Gestor die Garantie der Genehmigung übernimmt; diese aber und Garantie wegen Eviktion sind der Sache nach das Nämliche. Vgl. L. 27 C. de evict. (8, 45); L. 7 C. commun. utriusque judicii (3, 38).

ob der Verkäufer — unbeschadet des Charakters des Geschäftes als Kauf — die Verpflichtung übernehmen kann, den Käufer zum Eigenthümer zu machen.

Es unterliegt nun zunächst

I. keinem Zweifel, dass dieser Erfolg durch eine Bedingung erzielt werden kann, — sei es eine condicio in praesens oder in futurum collata, je nachdem der Kauf sofort oder in Zukunft vollzogen werden soll [1]). Das Eigenthum geht alsdann über, weil es beim Verkäufer vorhanden ist: nur für den Fall aber, dass es vorhanden ist, ist der Vertrag geschlossen, eine Verpflichtung, die Bedingung selbst zu verwirklichen, besteht dagegen nicht [2]).

II. Ebenso ist es zweifellos, dass der Verkäufer die besondere Verpflichtung übernehmen kann, das Eigenthum der Sache innerhalb einer gewissen Frist zu erwerben. In diesem Falle kann zunächst ein bloser Vorvertrag vorhanden sein: es kann aber diese Verpflichtung auch innerhalb des Hauptvertrages übernommen werden. Dann liegt lediglich eine vertragsmässige Steigerung der Garantie vor: die Nichterfüllung bewirkt Entschädigungsansprüche [3]).

III. Es bleibt also noch der Fall übrig, dass der Verkäufer sich direkt zur Uebertragung des Eigenthums verpflichtet [4]). Von diesem Falle handelt zwar nicht Paulus in L. 5 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5), da keine Nöthigung besteht, das rem accipere in dem hier wesentlichen Sinne zu verstehen; wohl aber Celsus (lib. III Dig.) in der bekannten L. 16 D. de

1) Zu allem Ueberflusse ist dies anerkannt in L. 41 pr. D. h. t. Direkt ist hier zwar nur von der Bedingung der Beseitigung dinglicher Rechte die Rede; es versteht sich, dass dasselbe auch in unserm Fall zutreffen muss.

2) Ueber diesen letzteren Punkt (vgl. L. 8 pr. D. h. t.) ist später noch besonders zu sprechen.

3) L. 41 pr. D. h. t. Dieser Fall steht also demjenigen völlig gleich, wenn sich der Verkäufer verpflichtet, die auf der Sache ruhenden Lasten innerhalb gewisser Frist abzulösen.

4) Wohl zu unterscheiden von der Verpflichtung zur Vornahme der Handlungen, durch die möglicher Weise Eigenthum übertragen werden kann. Diese beiden Fälle sind unendlich oft verwechselt worden; Bd. I S. 546 fgg.

condict. c. d. (12, 4) [1]. In dieser Stelle wird die Frage, ob das Geschäft: dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, eine Art des Kaufes sei [2]), verneint, wenn auch nicht mit voller Entschiedenheit (in quod proclivior sum); vielmehr soll keine andere obligatio angenommen werden quam ob rem dati re non secuta. Die daraus sich ergebenden Folgerungen beziehen sich einmal auf das Periculum, sodann auf die Wirkung der Nichterfüllung. Macht der Verpflichtete den Gegner nicht zum Eigenthümer, so findet Rückforderung des Gezahlten statt: ebenso wenn er ihn zwar zum Eigenthümer macht, aber keine Caution wegen (partieller) Eviktion leisten will.

Es ist klar, dass diese besonderen Wirkungen, welche Celsus als Consequenzen seiner Auffassung darstellt, an und für sich auch im Rahmen des Kaufes zu erreichen sind: denn die Sätze über die Tragung der Gefahr lassen die anderweitige Regelung zu, die auch stillschweigend erfolgen kann [3]), und die Erstattung des Kaufpreises kann ebenfalls das Resultat der actio emti sein.

Wenn man nun im Anschlusse an die Basiliken (24, 1, 16) die Schwierigkeit damit lösen zu können glaubt, dass das Geld hier in specie gegeben sei, also ein Tausch vorliege, so ist diese Erklärung völlig unhaltbar [4]). Allerdings ist das Geld in specie gegeben, wie dies immer der Fall ist, wenn Geld ohne vorhergehende Verpflichtung gegeben wird. Dies kann aber auch beim Kauf geschehen. Gerade Paulus in L. 5 cit. hat einen solchen Fall im Auge. Nach meinem Dafürhalten

1) Vgl. über diese Stelle Erxleben, die condictiones sine causa II §. 17, S. 357 fgg. Dort findet sich auch die eben erwähnte häufige Verwechslung. — Accarias, théorie des contrats innominés p. 118.

2) utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est; der Ausdruck ist auffallend, über den Sinn ist aber doch wohl kein Zweifel.

3) Inwieferne übrigens Celsus gerade durch seine Entscheidung über die Tragung der Gefahr sich mit anderen Entscheidungen bezüglich der unbenannten Realcontracte in Widerspruch befindet, lasse ich hier ganz dahingestellt, ebenso die Erklärung des Umstands, dass Celsus keiner actio praescriptis verbis erwähnt. Vgl. darüber Erxleben S. 391 f.

4) Bei dieser Auffassung, gegen die sich schon Erxleben erklärt hatte, bleibt auch Accarias stehen (p. 119).

erklärt sich die Entscheidung des Juristen einfach aus folgenden Erwägungen. Die Intention der actio emti geht auf quidquid dare facere oportet ex bona fide. Der Contrakt dagegen geht auf ein dare schlechthin; also passt Contrakt und Formular nicht zusammen, der Kläger will ein dare schlechthin, und dem Richter kann die ihm durch die Formula verliehene Freiheit, ein dare facere oportere ex fide bona zu befinden, gleichwohl nicht verschränkt werden. Also muss der Kläger, um zu seinem Resultate zu gelangen, einer andern Klagformel sich bedienen, einer condictio; dann liegt aber auch kein Kauf vor [1]).

Ist diese Erklärung richtig, so ist damit zugleich gesagt, dass die Frage selbst für das heutige Recht anders beantwortet werden muss. Auch wer in der Ausdehnung des Kaufs lange nicht so weit geht wie Windscheid [2]), wird gleichwohl in unserem Falle ohne Weiteres einen Kauf erblicken, dessen Eigenthümlichkeit darin besteht, dass der Verkäufer eine intensiv gesteigerte Verbindlichkeit übernommen hat. Wie es sich dabei mit dem Periculum verhält, kann hier füglich noch unentschieden gelassen werden; dass der Käufer im Falle der Nichterfüllung lediglich das Gegebene zurückfordern könne, ist nach heutigem Rechte selbst dann nicht mehr richtig, wenn ein Kauf nicht angenommen werden wollte.

So ist also zwar der gemeinrechtliche Kauf nicht als Veräusserungsgeschäft organisirt; es steht aber nichts im Wege, dass im einzelnen Falle der Erfolg der Veräusserung ausdrücklich bedungen, die Verbindlichkeit des Verkäufers auf die direkte Herbeiführung dieses Erfolges verstellt werde [3]). Der Erfolg, der auch ohne Verabredung eintreten kann und

1) Es würde sich dabei auch nicht um eine concurrirende condictio handeln.

2) § 385 am Ende.

3) Vgl. Windscheid §. 389 A. 5, der aber die Frage offen lässt. Nach Sintenis §. 116 bei A. 24 — wo sich überhaupt eine Häufung von Unklarheiten findet — ist „der ausgesprochene Zweck, dass der Verkäufer dem Käufer das Eigenthum verschaffe, dem Kaufcontrakt fremd, diese Verpflichtung liegt vielmehr jenseits der Gränzen desselben; damit würde also ein eigenthümliches Geschäft abgeschlossen sein, welches jedoch dem Kaufe bis auf die hierin strengere Verpflichtung des Verkäufers ganz analog zu behandeln wäre." Diese prak-

normaler Weise eintritt, wird hier durch Verabredung zu einer wesentlichen gemacht. Wie sollte dies gegen das „Wesen oder die Natur des Kaufes" irgendwie verstossen? — Die Nichterfüllung des Versprechens erzeugt dann die entsprechende rechtliche Wirkung, wie sie von Rechtswegen eintritt, wenn der Verkäufer nicht im Stande ist dem Käufer den Besitz, beziehungsweise gehörig beschaffenen Besitz zu verschaffen.

§. 125.

Gewissermassen das Gegentheil des Satzes, dass auch die fremde Sache verkauft werden kann, ist der Satz, dass Niemand seine eigene Sache kaufen kann [1]). Diese Entscheidung ist völlig selbstverständlich, sofern auf den objectiven Rechtserfolg der Schwerpunkt gelegt wird: denn dieser kann nicht eintreten. Wohl aber kann auch dem Eigenthümer die Sache, die ihm schon gehört, von einem dritten Besitzer gegen Geld überlassen werden; ein solcher Handel ist selbst mit dem Diebe möglich. Allein es ist offenbar nicht schlechthin anzunehmen, dass der Eigenthümer für den Besitz, den er sich kraft seines Rechtes ohne Weiteres selbst verschaffen kann, Geldopfer bringen will. Insoferne handelt es sich also lediglich um eine Frage der Interpretation [2]). Die entgegengesetzte Möglichkeit, dass der Eigenthümer, um sich die Mühe

tisch sehr harmlose, theoretisch falsche Ansicht kann wohl als die zur Zeit herrschende betrachtet werden.

1) L. 16 pr., 39 pr. D. h. t.; L. 4, 10 C. eod. (4, 38); L. 22 §. 3 D. mand. (17, 1); L. 40 pr. D. de pignerat. act. (13, 7); L. 21 D. de usurp. (41, 3); L. 45 pr. D. de R. J. (50, 17.) Von der Anwendung auf gemeinschaftliche Sachen (L. 18 pr. D. h. t.) ist später noch besonders zu sprechen.

2) Mit der blosen Bemerkung: „in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor" (Windscheid §. 385 A. 6) ist also die Sache nicht erledigt. — Zwei besondere Fälle nämlich

a) Kauf der eigenen Sache unter einer condicio in futurum collata (L. 61 D. h. t.)

b) Kauf der Sache bezüglich deren dem Käufer eine Forderung ex lucrativa causa zusteht (L. 29 D. de A. E. V. [19, 1]), gehören nicht in diesen Zusammenhang.

und die Kosten eines Rechtsstreits zu ersparen, wissentlich und absichtlich für den blosen Besitz Geld bezahlt, ist nicht ausgeschlossen. Damit gelangt das römische Recht zu dem besonderen Begriff der emtio possessionis.

Paulus L. 34 §. 4 D. h. t.

> Rei suae emtio tunc valet, cum ab initio agatur ut possessionem emat, quam forte venditor habuit ut in iudicio possessionis potior esset [1].

Hienach kann also

1) diese emtio possessionis nur vorkommen auf Seiten des Eigenthümers (oder bonae fidei possessor) und zwar

2) desjenigen, der die Sache als seine Sache kennt (ab initio id agatur). Keineswegs wird etwa auch der unwissentliche Kauf der eigenen Sache als emtio possessionis aufgefasst und aufrecht erhalten. Sie kann

3) nur vorkommen demjenigen gegenüber, der in der Lage ist, dem Eigenthümer den Besitz zu verschaffen, welchen überhaupt der Verkäufer dem Käufer zu verschaffen hat, Interdiktenbesitz [2]. Daraus ergibt sich, dass die blose Detention

1) Vgl. L. 28 D. de a. vel a. poss. (41, 2.)

2) In dieser Beziehung ist, was nicht immer beachtet zu werden scheint, durch die Beseitigung des interdictum utrubi eine nicht unerhebliche Vereinfachung eingetreten. Sofortige Ueberlegenheit im Interdikte konnte nur mittels accessio possessionis hergestellt werden, welche voraussetzte, dass auch der Verkäufer im Augenblick der Uebergabe superior interdicto war. Daher konnte namentlich der unterschlagende Detentor solche Wirkung nicht hervorbringen. Wird aber der gegenwärtige Besitz geschützt, so kommt auf die eigene possessorische Beziehung des Verkäufers nichts an. Doch bleibt immer die Voraussetzung, dass der Verkäufer durch den Kauf den geschützten Besitz erlangt; und daraus folgt, dass der Bestohlene dem Dieb auch nicht einmal den Besitz mit rechtlicher Wirkung abkaufen kann; da der Dieb ihm gegenüber possessorisch nicht geschützt ist, so würde er ihm einen Vortheil verkaufen, den der Käufer ihm gegenüber schon hatte. Die Schlussworte der L. 34 § 4 D. h. t., welche sich ursprünglich ohne Zweifel auf das interdictum utrubi bezogen, haben insofern auch noch für das justinianische Recht einen Sinn. — Was die Lesart et oder ut anlangt, so scheint mir sachlich kein Unterschied zu sein. Wie sich auch aus den Basiliken ergibt, ist auch bei der Lesart et der Käufer gemeint: der Satz hängt dann von dem vorhergehenden ut ab,

kein Gegenstand des Kaufes ist; nur der juristische Besitz ist überhaupt ein selbständiger Vortheil.

Dagegen ist es nach römischer Auffassung kein Kauf, wenn der Eigenthümer die Sache von den darauf ruhenden Lasten befreit; denn der Vortheil, der ihm dadurch entsteht, ist kein selbständiger, der als solcher dem Eigenthum gegenüber unterschieden werden könnte, wie der Besitz [1]). Dies ist ausdrücklich anerkannt bezüglich der verpfändeten Sache. „Kauf" derselben von Seiten des Eigenthümers ist nichts anderes als Befreiung vom Pfandnexus durch Bezahlung der Schuld; die Consequenzen, die sich hieraus ergeben, bedürfen hier keiner weiteren Darlegung [2]).

Indem nun so der besondere Begriff der emtio possessionis auf ganz bestimmte Voraussetzungen beschränkt ist, ergibt sich folgendes für die gesammte Untersuchung nicht unwichtige Resultat.

Objectiv betrachtet ist überall da, wo eine fremde Sache gekauft wird, zunächst lediglich der Besitz gekauft. Nach Aussen hat der Käufer keine andere Stellung, als dass er superior est interdicto; — umgekehrt ist dieser Vortheil das Minimum was der Verkäufer dem Käufer sofort verschaffen muss [3]). Gleichwohl wird der Kauf der fremden Sache, selbst da, wo die condicio usucapiendi fehlt, in den Quellen niemals als Kauf des Besitzes, sondern als Kauf der Sache bezeichnet, gerade wie auch das furtum, das doch auch dem Dieb nur den Besitz der Sache verschafft, gleichwohl als furtum rei aufgefasst wird. Diese Erscheinung führt uns wieder zurück auf die empirische Absicht. Denn diese ist gar nicht auf den Besitz als solchen und die Vortheile, welche er als isolirt und selbständig gedachtes Verhältniss hat, gerichtet weder beim Dieb noch beim Käufer; noch ist

1) Das umgekehrte Verhältniss ist selbstverständlich möglich: L. 16 §. 1, L. 17 D. h. t.; L. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

2) Julian L. 39 pr. D. h. t.; Papinian L. 40 pr. §. 1 D. de pignerat. act. (13, 7). Dazu Dernburg, Pfandrecht II, 160 fgg. Auf die Schwierigkeiten des §. 1 brauchen wir für unsere Zwecke nicht einzugehen. — Dasselbe gilt natürlich auch von der Ablösung von Retentionsrechten.

3) L. 11 §. 13 D. de A. E. V. (19, 1).

dieser Besitz ein Gegenstand von Handel und Verkehr. Nur derjenige, dem im Uebrigen die Sache schon mit seinem Wissen gehört, hat möglicherweise eine derartige, auf die speciellen Vortheile des Besitzes beschränkte Absicht. Insoferne besteht denn auch eine unverkennbare Analogie zwischen emtio possessionis und furtum possessionis, wie denn unter den entsprechenden Voraussetzungen auch andere Verträge des Eigenthümers über seine eigene Sache zulässig sind[1]).

§. 126.

Es liegt nicht in unserer Aufgabe, dieses System des römischen und gemeinrechtlichen Kaufes innerlich zu rechtfertigen. Ohne Zweifel entspricht dasselbe der heutigen Rechtsanschauung nicht mehr; dass der Verkauf fremder Sachen sanktionirt ist, dass insbesondere die Erwartung des redlichen Käufers schliesslich nur durch obligatorische Ansprüche gedeckt ist, erscheint uns als fremdartig; im Interesse der Sicherheit des Verkehrs verlangen wir eine viel intensivere Berücksichtigung dieser Erwartung, und kommen damit zu dem Satze, dass nur der Kauf, der den sofortigen objectiven Rechtserfolg erzeugen kann, also im Allgemeinen nur der Kauf der dem Verkäufer gehörenden Sache giltig ist, jeder andere Kauf nur als Schaden erzeugender Thatbestand in Betracht kommt.

Dem gegenüber müssen zur richtigen Würdigung des römischen Rechtes einige Punkte im Auge behalten werden, auf welche hier kurz hinzuweisen erlaubt sein möge.

Die Ansicht zunächst, dass im römischen Kauf die Richt-

1) L. 28 D. de a. vel a. p. (41, 2). Insoferne ist denn auch der blose Besitzerwerb Gegenstand eines Rechtsgeschäfts. S. oben S. 38. Eine auf den Kauf der eigenen Sache bezügliche Ausführung und Entscheidung ist in dem reichsgerichtlichen Urtheil v. 24. September 1881 (Entscheidungen Bd. 5 S. 58) enthalten. Der dort entschiedene Fall ist aber dadurch complicirt, dass der Käufer zugleich auch mit sich selbst contrahirt hat (es handelt sich um einen Selbsthilfeverkauf), daher soll diese Entscheidung erst im späteren Zusammenhange besprochen werden. Einstweilen ist zu bemerken, dass das Reichsgericht in jener Entscheidung irrige Ansichten über den „Kauf" von Rechten, die einem Andern an der Sache zustehen, ausspricht und die Besonderheit von L. 34 §. 4 D. cit. offenbar nicht völlig gewürdigt hat.

ung auf den Eigenthumserwerb deshalb zurücktrete, weil er selbst iuris gentium ist[1]), wäre höchstens dann richtig, wenn nicht auch das Eigenthum, ein grosser Theil seiner Erwerbsarten und das System des absoluten Eigenthumsschutzes dem nämlichen Rechtsgebiete zugehörte. So wie die Dinge liegen, folgt aus jenem Umstande blos, dass den Verkäufer nicht ohne Weiteres die Pflicht zur Vornahme der specifisch civilrechtlichen Veräusserungsgeschäfte treffen konnte.

Wohl aber muss behauptet werden, dass die innere Ausgestaltung des Eigenthums für die Behandlung des Kaufes massgebend war.

Das römische Eigenthumssystem hat bei aller seiner Grossartigkeit die bedenklichste Rechtsunsicherheit zur Folge, wie dies die römischen Juristen selbst erkannt und ausgesprochen haben. Ein wesentlich auf derivativer Grundlage beruhender Erwerb, für welchen der Begriff der Rechtsnachfolge mit unerbittlicher Consequenz festgehalten worden ist; ein Erwerb folglich, der von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig ist, die sich der sinnlichen Wahrnehmung völlig entziehen; ein Eigenthum, das, einmal erworben, mit grosser Zähigkeit festgehalten und mit rücksichtsloser Energie gegen Jeden geltend gemacht wird: — und zur Aushilfe eine Ersitzung, die selbst wieder im Interesse des Eigenthümers derartig von unsichtbaren Voraussetzungen abhängig gemacht ist, dass der nämliche Jurist, der ihre Nothwendigkeit zur Hebung der Rechtsunsicherheit betont, gleichwohl im nämlichen Athemzuge ihre praktische Unzulänglichkeit anerkennen muss[2]). Dazu in der späteren Zeit ein Pfandrecht, das ebenso zäh in seiner Fortdauer und ebenso rücksichtslos in seiner Geltendmachung, zugleich aber in seiner Entstehung noch viel ungreifbarer ist. Auf solcher sachenrechtlicher Basis ist ein einigermassen sicherer Verkehr nur möglich, wenn gerade an die obligatorische Seite der Umsatzgeschäfte, speciell an den Verkauf geringere Anforderungen gestellt werden[3]). Wollte

1) Vgl. z. B. Keller, Pandekten §. 330.

2) Gai. L. 1 D. de usurp. (41, 3). Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent. Gai. II, §. 44. Dagegen §. 50: unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio competat.

3) Es wiederholt sich das dann auch bei der Miethe, deren Be-

man beides, das römische Eigenthumssystem und das moderne Kaufsystem combiniren, so würde sich daraus ein geradezu unerträglicher Zustand ergeben, für den Verkäufer nicht minder wie für den Käufer. In Wirklichkeit greifen beide Systeme, das des Eigenthums und das des Kaufs, ergänzend ineinander; je schwieriger die Erkennbarkeit und je schroffer die Geltendmachung des ersteren, desto leichter die Voraussetzungen des zweiten und desto wichtiger und unentbehrlicher die Deckung durch Garantie. Hat doch diese Unsicherheit der Eigenthumsverhältnisse dazu geführt, dass sogar der Kauf einer res extra commercium, nämlich der Pseudosklaven, rechtlich sanktionirt wurde [1]).

Auch eine andere Eigenthümlichkeit des römischen Rechts darf nicht ausser Betracht bleiben. Trotz der Rücksichtslosigkeit, mit der der Eigenthümer sein Recht gegen jeden geltend machen kann, fehlt ihm doch die Möglichkeit, die Sache selbst gegen den Willen des Besitzers an sich zu ziehen; dieser hat das Recht, den siegreichen Kläger zu expropriiren. Auch dieses Recht erlangt doch erst in diesem Zusammenhange sein volles Verständniss; es ist gleichbedeutend mit der Möglichkeit des Besitzers, die von ihm getroffenen Verfügungen zunächst wenigstens thatsächlich aufrecht zu erhalten. Damit hängt dann wieder der Satz zusammen, dass mala fides superveniens non nocet; deshalb enthält das blose Hervortreten von Eigenthumsansprüchen noch keine wirkliche Beschädigung des Käufers, sondern erst die thatsächliche Entziehung der Sache (beziehungsweise die Zahlung der litis aestimatio).

Das spätere Recht hat theilweise im Anschlusse an das S.C. Juventianum die Ansprüche des Eigenthümers gegen den Besitzer noch gesteigert durch obligatorische Zusätze, die verschieden sind, je nachdem der letztere bonae oder malae fidei possessor ist. Und zwar ist für diese mala fides nicht der Anfang des Besitzes, sondern der gegenwärtige Zustand massgebend. Mir ist nicht zweifelhaft, — obschon hier nicht der Ort ist genauer darauf einzugehen, dass gerade mit dieser Steigerung der

deutung für den Verkehr aber ungleich geringer war. — Insofern kommt auch die Ansicht von Kuntze, Cursus I §. 681 zur Geltung.

1) Bd. I S. 686.

Eigenthumsansprüche [1]) auch die in der klassischen Zeit hervortretende Steigerung der Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer zusammenhängt. Einen Eigenthumsprocess als malae fidei possessor über sich ergehen zu lassen und dann erst Entschädigung vom Verkäufer zu verlangen, mochte sich der gutgläubige Käufer nicht mehr zumuthen lassen [2]).

Bei allem dem ist die Lage des Käufers noch immer unsicher genug. Er muss die Sache herausgeben ohne alle Gegenansprüche wegen des Preises; sein Entschädigungsanspruch dem Verkäufer gegenüber ist nicht nur von dessen Zahlungsfähigkeit, sondern vor allem davon abhängig, dass er denselben ermitteln kann. Wo diese Voraussetzungen fehlen — und wie oft werden sie fehlen — da bewahrt den Käufer sein Garantieanspruch so wenig vor Verlust, wie unter ähnlichen Voraussetzungen den Bestohlenen die actio furti.

Wirklich u n s i t t l i c h e Kaufgeschäfte hat auch das römische Recht nicht sanktionirt. Nichtig ist der wissentliche Handel über res furtivae — Jedermann weiss wie viel umfassend dieser Begriff ist; und nichtig ist der Kauf auch sonst in manchen Fällen, wo er mit einer Verletzung sittlicher Pflichten verbunden ist. Auch abgesehen von diesen Fällen ist das Interesse des E i g e n t h ü m e r s überall gewahrt [3]); der Wechsel des Besitzers ist gegenüber dem Systeme der d i n g l i c h e n Klage ohnehin nicht von r e c h t l i c h e r Bedeutung; die damit möglicher Weise verbundene Unbequemlichkeit ist thatsächlicher Art und kann überhaupt nicht verhütet werden [4]). (Vgl. §. 137, IV.)

1) Es handelt sich dabei nicht nur um die Früchte und die Haftung für culpa, sondern vor allem auch um das iuramentum in litem, das jenes Expropriationsrecht zu paralysiren geeignet war.

2) Uebrigens wird sich später zeigen, dass sich die Erweiterung des Garantieanspruchs in sehr verschiedenen Richtungen bewegt.

3) Jedenfalls ist die in Deutschland partikularrechtlich vorkommende Erscheinung, dass der Eigenthümer dem gutgläubigen Käufer den Preis oder einen Theil desselben ersetzen muss, gerade auch nicht der Ausdruck einer gesteigerten Sittlichkeit. Der Käufer wälzt den Schaden auf den Eigenthümer ab; für jenen sehr bequem, für diesen sehr ungerecht.

4) Uebrigens griff hier noch zu allem Ueberflusse die Klage gegen den fictus possessor, sowie das Verbot des Verkaufs der res litigiosa (vgl. RCPO. §. 236) ergänzend ein.

Die neueren Rechtsordnungen weichen vom römischen Eigenthumssystem mehr oder minder erheblich ab. Der Erwerb des Eigenthums — entsprechend aber auch der Verlust desselben — ist erleichtert, insbesondere der Unterschied zwischen Eigenthum und gutgläubigem Besitze theils abgeschwächt theils ganz beseitigt; die absolute Verfolgbarkeit des Eigenthums beschränkt; der elastische Begriff der res furtiva durch den viel engeren und concreteren Begriff der gestohlenen Sache ersetzt, wohl auch das betreffende Vitium völlig beseitigt. Das Recht der Hypotheken hat ebenfalls eine durchgreifende Umgestaltung im Interesse der Rechtssicherheit erfahren; kurz die Basis unseres Sachenrechts ist eine wesentlich andere als die römische [1]).

Die Erwartung des Käufers, dass sein Erwerb die Ursache definitiven Behaltens sein werde, ist jetzt von der Rechtsordnung selbst unvergleichlich leichter gewährt. Deshalb kann denn aber auch das moderne Recht den Fällen, wo dies gleichwohl nicht eintritt, die Sanktion ohne Weiteres verweigern. Je leichter der Eigenthumserwerb, desto strenger die Anforderungen, die an den Kauf gemacht werden. Der Zusammenhang zwischen den beiden Systemen tritt auch hier wieder, nur in umgekehrter Richtung entgegen. Nur möge man dabei nicht vergessen, dass auch das einfachste Sachenrecht doch noch immer irgend welche objective Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb festhalten muss [2]), und dass daher die Gefahr des Circulirens fremder Sachen niemals völlig beseitigt werden kann; es wird daher auch immer ein Gebiet für Entschädigungsansprüche übrig bleiben (vgl. Code civil Art. 1599).

Eine Kritik aber, die den römischen Kauf vom Standpunkt der heutigen Eigenthumsordnung aus beurtheilt, begibt sich damit von vorn herein auf einen falschen Standpunkt [3]).

1) Ich denke dabei natürlich nur an die Mobilien; die Umgestaltungen im Grundeigenthum zu Gunsten gesteigerter Rechtssicherheit bedürfen gar nicht der Erwähnung. — Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. II §. 145, 146 (2. Aufl.)

2) Der Art. 307 des D. H.G. wird immer exceptionell bleiben müssen.

3) Vgl. Keller, Pand. §. 330; Eck, a. a. O. S. 40 fgg.; Kohler in der Zeitschrift für franz. Recht Bd. 8 S. 531. Ich habe Bd. I S. 104

§. 127.

Wir kehren nunmehr zur empirischen Absicht zurück, um sie und demnächst auch die Sanktion noch nach einer andern Richtung hin zu prüfen.

Die Absicht kann auf die Gegenwart gerichtet sein, als Absicht des unmittelbaren Gebens und Nehmens: aber ebenso auch auf die Zukunft, als gegenwärtig schon in relevanter Weise erklärte Absicht des demnächstigen Gebens und Nehmens. Beide Richtungen der Absicht können je isolirt vorkommen; der erstere Fall liegt vor, wenn Jemand kauft unter der Bedingung, dass die Sache zur Stelle ist, oder dass seine Baarschaft zur Bezahlung des Kaufpreises ausreicht; der zweite Fall bedarf keiner weiteren Veranschaulichung. Es ist aber auch möglich — und dieses ist gerade das regelmässige, — dass sich die Absicht gegen den Zeitpunkt der Verwirklichung gleichgiltig verhält; wie sie auf den concreten Zeitpunkt der Zukunft kein entscheidendes Gewicht legt[1]), so consequent auch darauf nicht, ob der Zeitpunkt überhaupt in der Zukunft oder in der Gegenwart liegt. Alsdann ist die Absicht in dieser Beziehung von alternativem Inhalte: derselbe ist weder ausschliesslich Verpflichtung noch ausschliesslich präsenter Vollzug, sondern Zuwendung jetzt oder später. Die Entscheidung erfolgt aber nicht durch Wahl, sondern durch die Beschaffenheit der Umstände. Damit ist dann weiter gesagt, dass die eine Alternative, die sofortige Erfüllung, die primäre, die andere nur die eventuelle Bedeutung hat.

Es fragt sich nun, wie sich die Sanktion zu dieser alternativen Fassung der Absicht verhält.

In den Quellen wird der Kauf vorzugsweise nur unter dem Gesichtspunkt des Contraktes, des wechselseitige Verpflichtungen erzeugenden Vorgangs dargestellt — ganz anders wie die Vermächtnisse, bei welchen umgekehrt die Wirkung der unmittelbaren datio in den Vordergrund tritt.

lediglich den Gedankengang des römischen Rechtes dargestellt; es ist mir aber ferne gelegen, die Angemessenheit des römischen Systems auch für das heutige Recht zu vertheidigen; insoferne ist die Polemik von Kohler gegenstandslos.

1) Im Gegensatze zum s. g. Fixgeschäft.

Andererseits ist die Möglichkeit, dass die Parteien auch ohne Contrakt kaufen und verkaufen, jetzt noch so gut vorhanden, wie vor der Klagbarkeit des Contrakts; auch muss ich jetzt unter Modification früherer Behauptungen[1]) zugeben, dass diese Fälle in unserem Verkehrsleben sehr häufig sind; und in Rom ist es natürlich auch nicht anders gewesen.

Die Antwort, die ich früher auf die obige Frage gegeben habe (I, 613) kann ich jetzt nicht mehr aufrecht erhalten.

Ich habe auch diese Fälle von der Grundlage des Contrakts aus zu construiren versucht. Der Contrakt wird im Augenblicke der Entstehung sofort erfüllt, so dass sich die Contrahenten selbst dieser obligatorischen Grundlage ihrer Leistungen gar nicht bewusst werden.

An sich ist auch der Vorgang, dass eine Obligation im Augenblicke ihrer Entstehung sofort erfüllt wird, in keiner Weise unmöglich; es ist z. B. denkbar, dass eine Deliktsschuld gleichzeitig entsteht und mittelst der zum Voraus bereit gehaltenen Entschädigungssumme getilgt wird[2]). Aber ein Contrakt, dessen sich die Parteien nicht bewusst werden, ist kein Contrakt; eine Leistung, deren Beziehung zu einer bestehenden Verpflichtung keinem der Handelnden zum Bewusstsein kommt, ist keine Erfüllung. Ich habe da, wo nur eine reale Absicht wirken kann, mit einer künstlichen Construktion zu helfen gesucht und bin dadurch zu einer Fiktion gelangt.

Vielmehr gebe ich ohne Weiteres zu, dass in den fraglichen Fällen auch jetzt noch ein unmittelbarer Austausch, ein Naturalkauf, vorliegt. Eine imaginäre Obligation lässt sich hier ebenso wenig einschieben, als man die präsente Schenkung oder Mitgiftbestellung, das dinglich wirkende Vermächtniss als Erfüllung imaginärer Verpflichtungen auffassen kann.

Auf der andern Seite besteht nun aber folgendes Bedenken, dem ich früher nur mit Hilfe der eben besprochenen Construktion entgehen zu können glaubte.

Wollten wir nämlich in einem Falle dieser Art beim

1) Bd. I S. 10, 613.

2) Vgl. Gellius XX 1 §. 13.

reinen Realkauf stehen bleiben, so würde jede Möglichkeit fehlen, die Leistung, die zwar zunächst als gegenwärtige beabsichtigt war, aber als solche nicht zum Erfolge gelangte, nunmehr nachträglich als geschuldete Leistung zu beanspruchen; wir müssten bei der einfachen Nichtigkeit stehen bleiben. Solche Fälle wären die folgenden: der Käufer zahlt baar, es zeigt sich aber, dass er mit gefälschtem Gelde gezahlt oder dass er zu wenig hingegeben hat; oder er macht den Versuch zu zahlen, es zeigt sich aber, dass seine Baarschaft nicht reicht; oder das abgezählte Geld, das er dem Verkäufer hinreichen will, wird ihm von einem Dritten aus der Hand geschlagen u. s. w. Oder der Mangel des Austausches liegt in der Sache: der Käufer wird gehindert die Sache zu ergreifen, oder er ergreift aus Versehen eine andere Sache u. s. w. In allen diesen Fällen ist zunächst unmittelbarer Austausch beabsichtigt, aber durch Zufall nicht zur Vollendung gelangt. Die Absicht der Contrahenten, wenn sie sich nicht ausdrücklich auf den präsenten Vollzug beschränkt hat, wäre mit dem Resultate, dass nun eben alles beim Alten bleibt, ohne Zweifel nicht erfüllt; ebenso wenig würde dasselbe unserer Rechtsanschauung entsprechen. Es ist also irgendwie auch in der Sanktion eine Verbindung von Natural- und Consensualkauf herzustellen und nachzuweisen.

§. 128.

In neuerer Zeit hat zuerst Windscheid[1]) an verschiedenen Stellen seines Lehrbuchs darauf hingewiesen, dass der Kauf nicht nothwendig als Verpflichtungsgeschäft vorkommen müsse, so wenig wie die Dosbestellung. „Die Verkaufserklärung darf nicht gedacht werden als in erster Linie auf Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster Inhalt ist eben der, dass der Käufer die Sache haben solle und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus der Vertragserklärung nur dann, wenn ihr der wirkliche Zustand nicht entspricht“[2]). Verwendet wird dieser Satz für den Verkauf von Servituten und von

1) Vgl. übrigens auch Fitting im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 52 S. 1—3.

2) Pand. §. 389 A. 2 und die dort weiter angeführten Stellen, namentlich §. 321 A. 18.

Forderungen, sodann auch zur Erklärung der Grundsätze von der Gefahr.

Näher auf das Verhältniss von Veräusserung und Verpflichtung gerade beim Sachenkauf ist Windscheid nicht eingegangen; eine diese beiden Willensrichtungen zusammenfassende Construktion des Kaufes hat er nicht gegeben.

Aus der von Windscheid gegebenen Anregung ist ohne Zweifel der Versuch von Bernhöft[1]) hervorgegangen, den Kauf als „dinglichen" Vertrag darzustellen, zu welchem die Besitzübergabe, soweit nöthig, als thatsächliche Erfüllung hinzukommt. Diese ganze Ansicht steht mit den Grundprincipien des römischen Rechts über den Eigenthumserwerb durch Tradition in unlösbarem Widerspruche und hat daher auch — soviel mir bekannt ist — keine Anhänger gefunden. Es genügt auf die Ausführungen in Bd. I S. 608 zu verweisen[2]).

Auch die Ausführungen von Lenel a. a. O. S. 212 fgg. über diesen Punkt werden schwerlich Jemand befriedigen.

In neuester Zeit hat Otto Bähr die Frage über das Verhältniss des Naturalkaufs zum obligatorischen Kaufe — allerdings nur gelegentlich — angeregt[3]). Er nimmt an, dass auch im Falle vorhergehender Einigung die Absicht auf ein bloses Geschäft des realen Austauschens gerichtet sein könne. Allein er unterlässt es vollständig, die Merkmale anzugeben, durch welche sich diese Einigung von derjenigen unterscheiden sollte, welche die Grundlage obligatorischer Wirkungen bildet; mit der blosen Bemerkung, in jenen Fällen fehle die obligatorische Absicht, ist ja doch gar nichts gedient. In der That scheint hier eine Verwechslung mit untergelaufen zu sein, welche Annahme namentlich durch das von Bähr erwähnte Beispiel nahe gelegt wird; nämlich die Verwechslung zwischen dem Realkauf und dem Kaufe, mit welchem kein Credit verbunden ist (Baarkauf in diesem Sinne). Man kann aber sehr wohl auf obligatorischer Basis kaufen und gleichwohl einen Baarkauf eingehen (z. B. Genuskauf mit

1) Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kaufe in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 S. 58 fgg. (auch als Separatabdruck).

2) Vgl. noch Brinz, Pand. Bd. I S. 615 A. 13. — Die Einwendungen von Lenel S. 214 gegen Bernhöft gehen der Sache nicht auf den Grund.

3) Urtheile des Reichsgerichts nebst Besprechungen S. 34 fgg.

bedungener Baarzahlung), man kann umgekehrt einen Naturalverkauf eingehen und damit Credit verbinden [1]). —

Von einem anderen Standpunkt aus hat endlich Brinz die Selbständigkeit des Realkaufes vertheidigt [2]). Er scheidet mit vollem Recht die blosen Vorverhandlungen, wozu auch das Erkundigen nach dem Preise, das Angeben von Eigenschaften der Sache u. s. w. gehört; liegt wirkliche Einigung vor, so lässt er die eine oder andere Wirkung nicht je nach der Absicht der Parteien, sondern nach der objectiven Beschaffenheit der Verhältnisse eintreten. Uns interessirt hier namentlich die folgende Stelle: „Wird auf der einen oder anderen Seite im Voraus, aber ohne irgendwelche Creditirung, also unter der Voraussetzung, dass die Gegenleistung alsbald erfolgt, oder was eins ist, mit der Intention des Realkaufs [3]) gegeben, dann mag es, seitdem der Kauf durch blosen Consens geschlossen werden kann, in der Macht des Gebers liegen, aus der in der Hinnahme liegenden Zustimmung des Empfängers zum Baarkauf die Zustimmung zu dem Minus eines Kaufs auf Credit oder Obligation [4]) zu folgern und also nachträglich, wo noch kein Kauf war, einen Kauf zu setzen; allein abgesehen von diesem nachträglichen, in dem freien Willen des Gebers stehenden Genügen ist vor der Gegenleistung noch kein Kauf, mit der Gegenleistung ein Realkauf vorhanden“.

1) Das erwähnte Beispiel (S. 34) ist folgendes: Jemand gibt seinem Diener Geld um eine Waare baar zu kaufen, der Diener kauft auf Credit und unterschlägt. Die Entscheidung Bähr's, dass der Kaufmann der Betrogene ist, ist vollkommen richtig. Aber es stünde schlimm um dieselbe, wenn sie davon abhinge, ob der Diener auf obligatorischer Basis gehandelt hat (Genuskauf) oder nicht. Diese Art des Vollzugs ist dem Herrn ganz gleichgiltig und darauf erstreckt sich daher auch schwerlich sein Auftrag. Der Auftrag lautet auf Kauf — so oder so abgeschlossen — gegen baare Bezahlung, und dieser Auftrag ist untheilbar, nicht eine Composition von zwei Aufträgen: das Geschäft ist nicht auftragsgemäss vollzogen und daher für den Auftraggeber nicht bindend.

2) Pand. II S. 653.

3) Statt „Realkauf“ gebraucht Brinz wohl auch den Ausdruck „Baarkauf“. Derselbe sollte gerade in diesem Zusammenhang vermieden werden; die Missverständnisse liegen zu nahe.

4) Auch diese Zusammenstellung ist dem Missverständnisse ausgesetzt.

Hier ist zuerst der Versuch gemacht, den Real- und den Consensualkauf in innere Beziehung zu setzen, ohne das Wesen des einen oder des andern aufzugeben; darin liegt der unzweifelhafte Fortschritt dieser Darstellung. Allein befriedigen kann auch sie nicht. Schon deshalb nicht, weil hiernach die eventuelle Existenz des obligatorischen Geschäfts von der Willkür des einen Theiles und zwar des Gebers abhinge. Hinter dem vereitelten Versuche einen Realkauf zu Stande zu bringen, steht nichts als die Macht und das „Genügen" des Gebers, womit er nun einen Consensualkauf setzen kann. Damit scheint mir die Zweiseitigkeit des letzteren, die doch auch in dieser besonderen Gestaltung der Dinge gewahrt bleiben muss, vielmehr aufgegeben zu sein. Auch der Empfänger muss doch das Recht haben, das Geschäft als Consensualgeschäft zu behandeln. Und dann ergibt sich wenigstens der Anschein, als entstehe das Consensualgeschäft erst neu durch einen irgendwelchen, an die Vereitelung des Realgeschäfts sich anschliessenden Willensakt; auch das kann nicht befriedigen.

§. 129.

Die Lösung der Frage scheint mir nur auf folgender Grundlage gewonnen werden zu können [1]).

Die empirische Absicht ist gerade in ihrer alternativen Richtung auf die Gegenwart oder auf die Zukunft rechtlich sanktionirt; innerhalb der emtio venditio kann daher sowohl die präsente kaufmässige Uebergabe gegen Bezahlung (oder Creditirung), als die Verpflichtung künftigen Vollzugs zur rechtlichen Existenz gelangen.

Diese Gestaltung ist, wenigstens für das klassische Recht, dem Kaufe eigenthümlich.

Der Grund liegt in der Formlosigkeit des Geschäfts [2]).

1) Das Richtige hat bereits Donellus Comment. de iure civ. XIII i1 §. 3: Emtio et venditio est contractus mutuae praestationis, quo id agitur ut pro pecunia danti res tradatur. Neque interest, utrum am nunc pecunia detur pro re quae eo nomine tradatur, aut e converso res tradatur pro pecunia quae datur eo nomine, an vero de his invicem praestandis inter aliquos conveniat. Meminisse enim oportet emtionem solo consensu contrahi. Auch mit Fitting a. a. O. berührt sich die hier vorgetragene Ansicht sehr nahe.

2) Den übrigen formlosen Contrakten ist die obligatorische Ge-

Diese bringt es mit sich, dass die Absicht weder, wie bei der Mancipation oder Injurecession in Worten, die auf die Gegenwart, noch, wie bei der Stipulation, dem Damnationslegat in Worten, die auf die Zukunft gerichtet sind, ausgesprochen zu sein braucht, sie kann in Worten erfolgen, die sich sowohl auf die Gegenwart als auf die Zukunft beziehen [1]).

Auch bei Dos, Schenkung, Legat ist die empirische Absicht bald Veräusserungs- bald Verpflichtungsabsicht; aber für die juristische Sanktion ist lediglich die Form der Willenserklärung massgebend: die alternative Richtung der concreten Absicht kann also nur etwa durch die Combination beider Formen zur Geltung kommen, wie sie beim Legate wirklich geübt wurde [2]). Seitdem das Schenkungsversprechen und das Dotalversprechen ebenfalls formlos sind [3]), steht auch hier der Sanktion der alternativen Absicht nichts mehr im Wege; jene Neuerung ist nur so spät erfolgt, dass dadurch eine tiefer greifende Umgestaltung nicht mehr erzeugt wurde. Wie es sich aber mit dem Legat in dieser Beziehung verhält, wurde schon oben kurz erörtert. Insoferne also steht der Kauf im heutigen Rechte und schon im nachklassischen Rechte nicht mehr isolirt da; wir haben jetzt eine ganze Anzahl von Geschäften, die im einzelnen Falle sowohl als Veräusserungen wie als Verpflichtungen gemeint und sanktionirt sind.

Für diese Geschäfte, (zu denen auch noch der Vergleich gerechnet werden kann), ergibt sich daher auch eine gemeinsame systematische Schwierigkeit; sie gehören sowohl in

staltung um des Inhalts willen wesentlich, die Absicht selbst ist hier lediglich auf Zukünftiges gerichtet.

1) Vgl. Bd. I S. 462. Brinz a. a. O. S. 707 A. 34. Vgl. auch den Ausdruck emtum rogare in L 16 D. de periculo (18, 6).

2) Oben S. 52. Dies war hier deshalb leichter möglich, weil auch die Veräusserung nur als zukünftige, erst in der Person des Erben wirksame in Betracht kommt. Insofern ist überhaupt das Verhältniss beim Legat einigermassen anders als bei den andern Geschäften.

3) Vgl. L. 35 §. 5 C. de donat. (8, 54). In §. 2 I. de donat. (2, 7) ist geradezu auf die Analogie des Kaufes Bezug genommen: perficiuntur autem (donationes), quum donator suam voluntatem — manifestaverit, et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. Windscheid §. 166.

die Lehre von den Veräusserungen als in diejenige von den Verpflichtungen. Für Dos und Legat tritt diese Schwierigkeit zurück, weil sich für dieselben die Stellung im Systeme durch andere völlig entscheidende Umstände bestimmt. Was aber den Kauf anlangt, so ist die obligatorische Gestaltung desselben für die rechtliche Betrachtung von ganz überwiegendem Interesse; nicht nur können sich an jeden Kauf, mag er auf dieser oder auf jener Basis abgeschlossen sein, obligatorische Wirkungen (Garantie) anschliessen; nicht nur durchläuft der bedingte Kauf und der Genuskauf immer, ehe er zur Möglichkeit der Vollziehung gelangt, ein obligatorisches Stadium, sondern auch jeder einigermassen durch Nebenbestimmungen u. s. w. complicirte Specieskauf tritt als Contrakt[1]) ins Dasein. Auch wer also die zur Zeit wohl noch herrschende einseitige Auffassung, dass jeder Kauf zunächst Contrakt ist, aufgibt, wird gleichwohl dem Kauf die systematische Stellung lassen, die ihm schon das römische Recht angewiesen hat [2]).

§. 130.

Ginge nach gemeinem Recht Eigenthum durch blosen Vertrag über, so wäre der Kaufvertrag ein Uebereignungsvertrag. Zwar nicht schlechthin, soferne auch fremde Sachen mit irgend welcher rechtlichen Wirksamkeit verkauft werden können, — wohl aber dann, wenn die übrigen objectiven Voraussetzungen des Eigenthumsübergangs vorhanden wären, also in den Fällen, die wir immerhin als die normalen bezeichnen dürfen. Die Besitzübergabe wäre in diesen Fällen unwesentlich: die besondere Verpflichtung dazu könnte sogar ganz fehlen, da sich der Eigenthümer

1) Es bedarf kaum der Hervorhebung, dass das Wort Contrakt hier und überall im technischen Sinne, als Entstehungsgrund von Obligationen gebraucht wird.

2) Nur sollte man dann nicht — wofür allerdings auch schon die justinianischen Institutionen vorbildlich sind, — doch wieder ein Stück des Kaufrechts, und zwar ein sehr wichtiges, die Abhängigkeit des Eigenthumserwerbs von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises, in der Lehre vom Eigenthumserwerb darstellen; damit wird der ganze Organismus des Kaufes zerrissen. Freilich gehorcht auch sonst unser System mehr den Gesetzen der Anatomie als denen der Physiologie.

mit der Eigenthumsklage den Besitz selbst zu verschaffen vermag [1]).

In Wirklichkeit geht aber nach römischem und nach gemeinem Recht Eigenthum erst über durch die Tradition. Das bedarf hier keiner weiteren Ausführung. Der Vertrag ist auch nicht eine halbe Uebereignung, auf Grund deren die Nachholung der andern Hälfte verlangt werden könnte; der Vertrag ohne Tradition wirkt zunächst lediglich obligatorisch, — womit seine deklaratorische Bedeutung für die demnächst ohne weitere Erklärung stattfindende Uebergabe natürlich nicht in Abrede gestellt noch abgeschwächt werden soll.

Durch diese Organisation des Eigenthumserwerbes ist die Entscheidung der Alternative nach der Seite des präsenten Austausches wesentlich erschwert (S. 56). Dieselbe setzt voraus, dass die Sache im Momente zur Stelle ist oder dass einer der nicht gerade häufigen Fälle vorliegt, wo Besitz beim Käufer bereits vorhanden ist (br. m. traditio) [2]).

Ist dies der Fall, so ist in keinem Augenblicke eine Obligation auf Vollzug vorhanden gewesen; Obligationen können nur als Wirkungen des durch realen Austausch vollzogenen Kaufes eintreten.

Liegt dagegen präsenter Vollzug nicht vor, dann erzeugt die übrig bleibende Verabredung nach beiden Seiten hin ein obligatorisches Verhältniss, die Verpflichtung zum Vollzug.

Wir haben es also nicht zu thun mit zwei Geschäften, von denen das zweite erst abgeschlossen oder acceptirt wird, nachdem sich das erste als nicht vollziehbar darstellt; sondern

1) Es wäre also die Analogie des dinglichen Vermächtnisses auch in dieser Beziehung zutreffend. Dass der Verkäufer, der mancipirt, nicht unbedingt zur Verschaffung des Besitzes verpflichtet ist, davon haben sich in den Quellen noch Spuren erhalten. Vgl. Bd. I S. 549 fgg. Im französischen Rechte hat die Verpflichtung zum „livrer" der Sache neben dem durch den Vertrag selbst eintretenden Eigenthumsübergang ihren guten Sinn.

2) Nur in diesen Fällen entspricht der thatsächliche Zustand der Erklärung, sofern diese auf präsenten Erfolg gerichtet ist. — Vom constitutum possessorium sehe ich hier noch ab und bemerke nur, dass ich mich bezüglich der Voraussetzungen desselben zu einer sehr strengen Ansicht bekenne.

der nämliche Geschäftswille umfasst, sofern nicht das Gegentheil irgendwie bestimmt hervortritt, die beiden Möglichkeiten. Im Angebot und in der Annahme liegt beides, die Einigung über den präsenten und eventuell über den künftigen Vollzug. Daher kann auch die eine oder die andere Möglichkeit entschieden sein ohne dass die Parteien es wissen [1]). Ebenso ist möglich, dass die eine Alternative selbst den Parteien nicht zum Bewusstsein kommt, weil die Entscheidung nach der anderen Seite klar vorliegt [2]).

Von dieser Grundlage aus ergeben sich nun weiter die folgenden Consequenzen:

1) Ist der Kauf nach Absicht und nach Sanktion alternativ, Vergebung oder Verpflichtung, so ist klar, dass er auch in der Richtung auf die letztere Alternative nur zweiseitig gedacht werden kann: bei entgegengesetzter Annahme würden wir zu zwei getrennten Geschäften gelangen. Gerade die Zweiseitigkeit ist die unentbehrliche einheitliche Grundlage der beiden alternativen Möglichkeiten.

2) Ist es für die Absicht und für die Sanktion im Wesentlichen gleichgiltig, ob präsentes Geben und Nehmen, oder ob künftiges Geben und Nehmen eintritt, so dass der Aufschub zufällig [3]) ist, so ergibt sich weiter, dass die künftige Vergebung im Wesentlichen gerade so beschaffen sein muss, wie die gegenwärtige beschaffen sein würde; sonst kommt gerade in dieser Beziehung die Absicht nicht zur Geltung.

Daraus folgt, dass auch der künftige Vollzug selbst wieder regelmässig [4]) einen synallagmatischen Charakter hat; (das von mir so genannte funktionelle Synallagma im Gegensatz zum genetischen) [5]).

1) Ich kaufe eine Sache gegen baare Bezahlung, die sich bereits, ohne dass ich es weiss, in meinem Besitze befindet; umgekehrt, ich glaube die Sache baar bezahlt zu haben.

2) Indem sofort vollzogen wird, besteht gar keine Veranlassung zu überlegen, dass eventuell auch eine Verpflichtung eingetreten wäre.

3) Vgl. auch Vangerow §. 591 (III, S. 211).

4) Regelmässig: denn die durch den Vertrag geschaffene Gebundenheit kann ausnahmsweise auch zu einseitigem Vollzuge führen. Der Contrakt ist kein bloser Vorvertrag.

5) Bd. I S. 540, 568.

In dieser Beziehung steht der Kauf im römischen Rechte einzig da; denn die andern causae, bei welchen schliesslich die Vergebungs- und die Verpflichtungsabsicht ebenfalls alternativ sanktionirt ist, sind durchaus einseitig, als Verpflichtungen und als Vergebungen. Indessen muss doch daran erinnert werden, dass auch hier die in Erfüllung des Versprechens vorgenommene Leistung denselben causalen Charakter annehmen kann, wie wenn sie ohne Verpflichtung sofort erfolgt wäre; dies tritt weniger hervor bei der Schenkung und beim Legate [1]), um so entschiedener bei der Dos. Die Objecte, welche in Erfüllung eines Dotalversprechens gegeben sind, nehmen gerade so den eigenthümlichen Dotalcharakter an, wie die Sachen, welche sofort in dotem gegeben sind (gesetzliches Veräusserungsverbot, Object der Dotalobligation u. s. w.); die einen wie die andern sind in dote. Von abstrakter Zahlung, d. h. von einer Leistung, deren rechtliche Bestimmtheit darin aufgeht, dass sie eine bestehende Obligation tilgt, ist also auch hiebei keine Rede [2]).

Auch sprachlich wiederholt sich dieselbe Erscheinung. Legt man Werth darauf, dass die Sache als „gekaufte" bezeichnet wird, ob nun der Kauf auf obligatorischer Grundlage beruht oder nicht, so ist daran zu erinnern, dass man ebenso in beiden Fällen von geschenkter Sache, vermachter Sache, Dotalobject, Vergleichsobject u. s. w. spricht; den Sprachgebrauch habe ich wohl früher (Bd. I S. 27) etwas überschätzt.

Wie es sich mit dieser Parallele auch verhalten möge, jedenfalls hat beim Kaufe der Vollzug selbst normaler Weise einen synallagmatischen Charakter. Es ist dabei für die hier im Vordergrund stehenden dogmatischen Zwecke ziemlich gleichgiltig, ob man, wie ich dies im ersten Bande gethan habe, den Schwerpunkt dieses Synallagma in die Abhängigkeit des Eigenthumsübergangs von der Erledigung des Kaufpreises verlegt (objectiv-funktionelles Synallagma), oder, wie die herrschende Ansicht thut, der sich jetzt auch Brinz [3]) angeschlossen

1) Denn in beiden Fällen hat die Leistung keinen fortwirkenden rechtlichen Charakter.

2) Vgl. mein Dotalrecht II, 230.

3) Pand. II S. 697 A. 22; S. 698 A. 28.

hat, in die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Forderungen, wie sie namentlich in der exceptio non adimpleti contractus zur Erscheinung kommt. Nach meiner auch jetzt noch fortbestehenden Ansicht ist dieses von mir sogenannte subjectiv funktionelle Synallagma nicht von Anfang an vorhanden gewesen; zu dieser Annahme bestimmen mich nicht Gründe, die im Kaufe, sondern solche, die in der allgemeinen Entwickelung des Aktionenrechts liegen. Aber in jedem Falle hat es an irgend welchem Wechselverhältnisse der beiden Leistungen auch bei der nachträglichen Erfüllung niemals gefehlt; und dass für das geltende Recht das subjective Synallagma wichtiger ist als das objective, soll schon an dieser Stelle hervorgehoben werden [1]).

Auch noch andere Erscheinungen finden in dieser Gleichgiltigkeit gegen die Zeit der Erfüllung ihre Erklärung, namentlich auch die Behandlung der bona fides bei der Ersitzung [2]). — Auch die Auffassung des formell einseitigen Erlasses als materiell zweiseitigen gehört hierher [3]).

Unser Grundgedanke ist also der: nach der empirischen Absicht und nach der Sanktion ist es gleichgiltig, ob der Kauf

1) Ich will hier auf die geschichtlichen Ausführungen des ersten Bandes nicht zurückkommen; schliesslich legt sich, in Ermangelung entscheidenden Quellenmaterials, Jeder diese Dinge etwas anders zurecht. Nur einen Punkt möchte ich hervorheben. Gegen meine Auffassung des Zwölftafelsatzes macht Brinz geltend, dass hiernach keine Nothwendigkeit gesetzlicher Fixirung bestanden hätte (S. 698 A. 26). Allein Gründe für diese Nothwendigkeit habe ich allerdings angeführt (I, 192 fgg., 198), und dieselben sind nicht widerlegt. Freilich kommt für die Auffassung des Zwölftafelsatzes noch ein anderer, dogmatischer Faktor in Betracht. Wer den Eigenthumserwerb unter Lebenden von Anfang an für ein abstraktes Geschäft hält, der wird in jenem Satz eine Singularität erblicken. — Wichtiger ist es, dass Brinz (S. 692 A. 8) die Meinung ausspricht, in der Vindication der Sache liege nicht blos Rücknahme derselben, sondern zugleich Rückgängigmachung des Kaufes (poenitentia). Diesen Satz, für den kein Beweis aus den Quellen vorliegt, kann ich schon hier nicht unwidersprochen lassen. Vgl. Bd. I S. 573.

2) Vgl. Bd. I S. 582 fgg.

3) L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5); L. 23 D. de accept. (46, 4).

sofort oder erst später erfüllt wird[1]). Die Entstehung einer Verpflichtung zur Erfüllung ist also zufällig, daher ist auch das Ergebniss dieser Verpflichtungen kein wesentlich anderes, als das Ergebniss des unmittelbaren Austausches.

Der Kauf ist vom Abschlusse bis zum Vollzuge eine Einheit, zweiseitig in der Entstehung, zweiseitig im Vollzuge; denn Entstehung und Vollzug fallen nur zufällig auseinander.

An diesen Resultaten, zu welchen die geschichtlichen Untersuchungen des ersten Theiles geführt haben, halte ich auch jetzt noch durchaus fest; im Vorstehenden ist im Anschluss an die Bemühungen Anderer der Versuch, der der Aufgabe des ersten Bandes ferne gelegen ist, gemacht worden, diese Ergebnisse auch auf eine dogmatisch sichere Basis zu gründen[2]).

§. 131.

Sind die bisherigen Ausführungen richtig, so ergibt sich noch eine weitere Combination, die gewissermassen zwischen den beiden Endpunkten die Mitte hält. Der eine Theil leistet sofort, die Leistung des andern Theils soll nachfolgen. Alsdann ist der Kauf eine Zusammensetzung von realer Leistung und von Verpflichtung; ein Fall, der sich auch schon dann ergibt, wenn die eine Leistung, obschon scheinbar vollzogen, in Wirklichkeit erfolglos ist. Von einem Creditiren mit seinen specifischen Wirkungen ist dabei keine Rede.

In dieser Gestalt liesse sich der Kauf auch als Realcontrakt (im technischen Sinne) nach dem Schema do ut des auffassen. Allein diese Behandlung ist nicht nöthig; der formlose Vertrag hat auch Raum für diese Combination, und die besonderen Wirkungen des Realcontrakts treten nicht ein. Dies wird schon für das klassische Recht ausdrücklich bestätigt von Paulus in L. 5 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5).

> Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emtio et venditio est.

Paulus denkt sich hier offenbar die Geldleistung thatsächlich als Vorleistung, nicht als Schulderfüllung; gleichwohl nimmt er ohne Weiteres Kauf an[3]).

1) Weshalb denn auch die Mancipation Erfüllungsakt sein konnte (Bd. I S. 546).

2) Vgl. Bd. I S. 561, 585 u. sonst. In allen wesentlichen Punkten kann ich mich jetzt wohl der Uebereinstimmung mit Brinz a. a. O. erfreuen.

3) Von L. 16 D. de condict. indeb. (12, 4) war schon oben die

Daraus folgt dann weiter, dass auch die Erfüllung des obligatorischen Kaufes nicht nothwendig Zug um Zug, im Sinne der zeitlichen Gleichzeitigkeit, erfolgen muss[1]). Nothwendig ist nur, dass die wirkliche Leistung durch Gegenanspruch „gedeckt“ ist. Ob diese Deckung lediglich eine Fortwirkung der noch nicht erfüllten Verbindlichkeit ist oder ob es dazu eines besonderen Aktes des Creditirens bedarf; das ist eine andere Frage, welche zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden ist.

§. 132.

Die in dem vorigen Paragraphen entwickelte Grundlage der Sanktion kann von den Parteien modificirt werden. Auch diese Modification findet innerhalb des formlosen Geschäftes ohne Weiteres Raum; dasselbe wird dadurch nicht zu einem Geschäfte anderer Art.

Die Modification, die wir hier im Auge haben, besteht darin, dass für den einzelnen Fall die eine Alternative ausgeschlossen wird (S. 82). Es können nämlich

1) die Parteien die Absicht auf den unmittelbaren Vollzug beschränken und die Entstehung obligatorischer Wirkungen ausschliessen. Dies geschieht der Sache, wenn auch nicht nothwendig dem Ausdrucke nach, durch Hinzufügung einer auf die Sache oder auf das Zahlungsmittel bezüglichen conditio in praesens collata. Dieses im alltäglichen Verkehr häufig vorkommende Verhältniss bedarf hier keiner weiteren Erörterung[2]).

2) Es kann aber umgekehrt auch die Absicht des präsenten Vollzugs ausgeschlossen sein theils dadurch, dass die Parteien die Unmöglichkeit desselben schon vorher kennen, theils dadurch, dass ein Aufschub der beiderseitigen Erfüllung oder auch nur der einen Leistung (ohne Creditirung) ausgemacht wird (S. 94).

Rede (S. 71). Bd. I S. 18 A. 1 ist das Verhältniss beider Stellen nicht richtig erklärt.

1) Wie dies namentlich bei Distancegeschäften vorkommt. Ich schicke das Geld erst ab, nachdem ich die Waare erhalten habe; gleichwohl liegt kein Creditiren vor.

2) Zu beachten ist nur, dass auch hier für die Zwischenzeit bis zur Ermittelung der Existenz der Bedingung eine obligatorische Gebundenheit eintreten kann.

Wir haben nun keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein solcher zweiseitig oder einseitig befristeter Kauf einer besondern rechtlichen Ordnung unterliegt. Mit andern Worten: die Rechtsordnung betrachtet auch hier den Aufschub, obschon er von Anfang an gewollt ist, als zufällig. Daher tritt namentlich die ganz gleiche Behandlung des Perikulum ein — soferne hier nicht noch eine besondere abweichende Bestimmung getroffen ist [1]). Auch ist der Grund dieser Behandlung nicht schwer zu erkennen. Indem die Parteien trotz des beabsichtigten Aufschubs das Geschäft jetzt schon abschliessen, statt mit dem Abschlusse bis zum Eintreten des Zeitpunkts zu warten, geben sie durch die That zu erkennen, dass sie der Vortheile und entsprechend auch der Nachtheile des sofortigen Abschlusses gleichwohl theilhaftig werden wollen, und stellen insofern selbst den Aufschub, obgleich von ihnen gewollt, doch als zufällig und gleichgiltig dar.

§. 133.

Wesentlich anders sind die Fälle beschaffen, wo der Kauf im Augenblick der Verabredung noch gar nicht vollziehbar ist. Einen solchen an einem objectiven Mangel der Vollziehbarkeit leidenden Kauf nennen die Quellen eine emtio imperfecta. Indem dieser Ausdruck auch für den — subjectiv — noch nicht abgeschlossenen Vertrag gebraucht wird [2]), so tritt auch in diesem Sprachgebrauch der Gedanke hervor, dass eigentlich und ursprünglich Abschluss und Vollziehbarkeit zusammenfällt, der Aufschub der Vollziehung also nur zufällig ist [3]). Damit stimmt auch aufs Beste, dass diese Fälle, wo von emtio imperfecta in einem specifischen Sinne die Rede ist, nachweislich erst einer späteren Entwickelung angehören [4]).

1) Vgl. L. 10 pr. D. de peric. (18, 6.)

2) Vgl. z. B. L. 2 §. 1 D. h. t.; pr. I. h. t. (3, 23) und sonst.

3) Dieser Zusammenhang tritt namentlich in L. 8 pr. D. de peric. (18, 6) hervor.

4) Bd. I S. 690. Der Ausdruck perfectum zur Bezeichnung eines besondern Stadiums des Geschäfts kommt sonst nur noch bei der Schenkung vor; hier ist aber nicht das vollziehbare, sondern das vollzogene und dadurch den Einwirkungen der lex Cincia entrückte Geschäft gemeint. Nicht zutreffend Goldschmidt in s. Zeitschrift Bd. 1 S. 80. — Mit der unglücklichen Veräusserungstheorie hängt der Irr-

Ist nun hier ein noch nicht vollziehbarer und gleichwohl bereits irgendwie sanktionirter Kauf vorhanden, so kann derselbe in diesem Stadium ausschliesslich nur einen obligatorischen Inhalt haben, Verpflichtung zu künftigem Vollzuge und Verpflichtung den künftigen Vollzug inzwischen nicht unmöglich zu machen (bedingter Kauf) [1], beziehungsweise zur Beseitigung des der Vollziehbarkeit entgegenstehenden Mangels mitzuwirken (Genuskauf, Kauf mit Bestimmung des Kaufpreises nach Mass, Zahl, Gewicht). Mit dem Augenblicke aber, wo dieses Hinderniss beseitigt ist, tritt ohne Weiteres der normale Zustand ein; von jetzt an ist der Aufschub der Erfüllung gerade so zufällig, wie wenn nunmehr das Geschäft geschlossen worden wäre. Es liegt also auch hier in der Zwischenzeit nicht ein bloser Vorvertrag vor, der nur die Verpflichtung zum Abschlusse des Hauptvertrages erzeugen könnte. Es liegt von Anfang an der Hauptvertrag vor, der aber in Folge seiner besonderen Beschaffenheit zwei Stadien durchläuft, das noch nicht voll normale Stadium der rein obligatorischen Existenz, aus dem er bei eintretender Voraussetzung von selbst übergeht in das normale Stadium, innerhalb dessen die obligatorische Wirkung nur als zufällig erscheint. Damit scheint erst die feste Basis für die Behandlung des Perikulum in diesen Fällen gewonnen zu sein [2].

Es entsteht nun die Frage, ob die eben erwähnten Fälle die einzigen sind, in welchen der Kauf zunächst ein obligatorisches Stadium durchläuft. Sofort treten uns nämlich die Fälle entgegen, in welchen der Verkäufer vorerst die Verpflichtung übernimmt, das Kaufobject selbst erst entweder zum Dasein zu bringen oder doch wenigstens sich anzuschaffen, um es demnächst dem Verkäufer leisten zu können. Die Frage ist nun die, ob auch diese Geschäfte sich noch im Rahmen des Kaufes bewegen oder als Geschäfte besonderer Art aufzufassen sind? Der Unterschied von den Fällen der emtio imperfecta ist einleuchtend. Hier ist von Anfang an das Kaufobject vor-

thum zusammen, emtio perfecta bezeichne den ideell vollzogenen Kauf. Dagegen Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 99.

1) L. 8 pr. D. h. t.

2) Ich brauche kaum zu sagen, dass ich mich für den Genuskauf zur s. g. Ausscheidungstheorie bekenne; die weitere Ausführung gehört nicht hierher.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

handen [1]), oder die künftige Existenz desselben (beim Kaufe einer res futura) ist wenigstens unabhängig von positiver Thätigkeit des Verkäufers [2]). In den hier fraglichen Fällen dagegen bildet die positive Verpflichtung des Verkäufers, das Kaufobject zu schaffen oder anzuschaffen, gewissermassen den ersten Akt des Verhältnisses, erst die Erfüllung dieser Verpflichtung bewirkt dann die Möglichkeit des normalen Vollzuges.

Diese Frage bedarf daher einer besonderen Untersuchung, die erst später stattfinden kann. Hier soll nur einstweilen Folgendes hervorgehoben werden:

1) Die emtio spei enthält regelmässig die Verpflichtung des Verkäufers, positiv thätig zu werden, um die Hoffnung zu erfüllen [3]); gerade diese Thätigkeit erscheint schliesslich, auch wenn sie resultatlos verläuft, als Aequivalent der Gegenleistung.

2) Ebenso kann bekanntlich ein Kauf in der Weise geschlossen werden, dass sich der Verkäufer verpflichtet aus seinem Material das Object erst herzustellen [4]).

3) Dagegen muss betont werden, dass der wissentliche Verkauf einer fremden Sache nicht aufgefasst wird als Verpflichtung, dieselbe anzuschaffen und dann dem Verkäufer zu leisten. In dieser Beziehung besteht vielmehr gerade ein sehr entschiedener Gegensatz zum (wissentlichen) Legate der fremden Sache. Der Verkäufer der fremden Sache leistet diese lediglich so, wie er sie hat; wo er sie herbekommt, ist seine Sache; kann er thatsächlich nicht leisten, so tritt Entschädigung ein; in Beziehung auf den Rechtserfolg aber kommt lediglich die Garantie in Betracht. Auch wo der Verkäufer direkt die Leistung des Eigenthums zusagt, ist seine Verbindlichkeit nicht aufgefasst als dahin gehend, selbst zuvor dieses Eigenthum zu erwerben.

1) Auch beim einfachen Genuskauf, d. h. beim Kaufe aus einem determinirten Genus.

2) L. 12 D. de A. E. V. (19, 1). Die L. 8 pr. D. h. t. bezieht sich auf doloses Verhindern, nicht auf unterlassenes Verursachen des Entstehens.

3) L. 41 pr. D. h. t. — Es möge schon hier darauf hingewiesen werden, dass die emtio spei sich ursprünglich nur auf Fälle bezieht, wo der Verkäufer selbst erst die Sache zu gewinnen hat.

4) §. 3 I. de locatione (3, 24). Vgl. vorläufig Brinz a. a. O. S. 695 A. 18 a. E.

Der Verkauf der fremden Sache ist also insofern gar nicht eigenthümlich organisirt [1]).

Und endlich ist noch

4) hervorzuheben, was längst schon Andere wahrgenommen haben, dass der heutzutage im specifischen Sinne sogenannte Lieferungsvertrag [2]) in den Quellen nicht als Art des Kaufes nachgewiesen werden kann.

Jedenfalls also dürfen wir vorbehaltlich der genaueren Untersuchung dieser einzelnen Erscheinungen einstweilen das Resultat feststellen, dass die Anerkennung desjenigen Umsatzgeschäftes, das nothwendig ein obligatorisches Stadium durchläuft, im römischen Rechte keineswegs grundsätzlich erfolgt ist. Andererseits aber gewährt die bisherige Ausführung bereits die Ueberzeugung, dass die Ausgangspunkte für eine Fortentwickelung in dieser Richtung allerdings schon im römischen Rechte selbst gegeben sind.

§. 134.

Für den normalen Kauf — die emtio perfecta — ist der Aufschub der Erfüllung zufällig, die obligatorische Gestaltung unwesentlich. Aber mit dem Aufschub kann sich eine zufällige Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse verbinden; die Sachleistung kann inzwischen durch Zufall unmöglich werden.

Das römische Recht stellt, wie heutzutage nicht mehr bestritten ist, den Satz auf, dass die Gefahr dieser thatsächlichen Veränderungen den Käufer trifft; vor Allem die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache; trotz desselben muss der Kaufpreis bezahlt werden [3]).

Dieser Satz hat unserer Wissenschaft immer viele Schwierigkeiten bereitet [4])! Auch jetzt noch lässt sich ein stattliches Verzeichniss von Erklärungsversuchen aufstellen. Indessen

1) Richtig Windscheid §. 320 A. 15.

2) H.G.B. Art. 338.

3) §. 3 I. de emt. et vend. (3, 23); L. 34 §. 6 D. h. t. u. s. w. (Vgl. Windscheid §. 321 A. 19.)

4) Viel grössere, als der Satz, dass der bedungene Kaufpreis durch nachträgliche Veränderungen der Sache nicht alterirt wird. Beide Sätze hängen offenbar zusammen; gleichwohl hat sie das römische

handelt es sich dabei doch vielfach mehr nur um eine Abweichung in der Formulirung, als um sachliche Differenzen [1]). Scheidet man nämlich die reine Fiktionstheorie, die auf sachliche Erklärung überhaupt verzichtet [2]), und scheidet man die ganz ephemeren Gedanken aus, die dieser und jener Schriftsteller gelegentlich zum Besten gegeben haben mag, so lassen sich schliesslich, wie mir scheint, die übrigbleibenden Theorieen in zwei Gruppen zusammenfassen.

I. Die eine operirt mit dem Gedanken, dass die beiden Forderungen sich zwar in ihrer Entstehung bedingen, dann aber in ihrer Funktion gegenseitig unabhängig sind, die Unmöglichkeit der Erfüllung, die bei der einen Forderung eintritt, lässt die andere völlig unberührt [3]). Diese Ansicht ist für ein gewisses Stadium der geschichtlichen Entwickelung allerdings begründet: nämlich für das Stadium, welches noch nicht zur Ausbildung des subjectiv-funktionellen Synallagma und der bona fides gelangt war [4]). Für das ausgebildete Recht dagegen kann sie deshalb nicht genügen, weil hier überall das Streben zu erkennen ist, die Zweiseitigkeit auch im Vollzuge und zwar über das objectiv-funktionelle Synallagma hinaus zu wahren; den Käufer zu befreien, wenn der Verkäufer durch Zufall von seiner Verbindlichkeit befreit wird [5]), den einseitig formulirten Erlassvertrag als zweiseitigen zu interpretiren [6]) u. s. w.

II. Die Ansichten der zweiten Gruppe suchen den Satz, der ja in dieser Gestalt überhaupt nur beim Kaufe vor-

Recht nicht als untrennbar zusammengehörig betrachtet. L. 8 D. de peric. et commodo (18, 6).

1) Vgl. die Uebersicht bei Regelsberger in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 91—104 (soweit hieher gehörig), Windscheid §. 321 A. 18, 19. Eine praktische Bedeutung gewinnen die Meinungsverschiedenheiten erst beim Genuskauf; die Frage im Allgemeinen hat eine rein theoretische Bedeutung.

2) Regelsberger a. a. O. S. 93.

3) Wächter im Archiv für die civ. Praxis Bd. 15 S. 99—115. Sonstige Literatur bei Regelsberger a. a. O. S. 92, Windscheid §. 321 A. 16.

4) Bd. I S. 590 fgg.

5) Bd. I S. 598.

6) L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5); L. ult. D. de accept. (46, 4). Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 93.

kommt[1]), ebendeshalb auch aus der materiellen Stellung des Käufers oder, was das nämliche ist, aus der materiellen Beziehung der beiden Leistungen zu einander abzuleiten.

Dieser Gruppe habe ich mich für das geltende Recht schon im ersten Bande (S. 591 fgg.) angeschlossen; die dort entwickelte Auffassung halte ich im Wesentlichen auch jetzt noch für richtig.

Indem die Parteien den Vertrag abschliessen, ohne ihn sofort durch Uebergabe der Sache zu vollziehen, ergeben sich nach beiden Seiten hin Vortheile und Nachtheile.

1) Der Vortheil des Käufers ist, dass er sich die Sache „sichert", er ist gewiss sie zu bekommen, (soweit solche Gewissheit durch einen obligatorischen Anspruch begründet werden kann).

Sein Nachtheil ist, dass er sie nehmen muss, auch wenn sich inzwischen die Verhältnisse in ungünstiger Weise verändern.

2) Der Vortheil des Verkäufers ist, dass er die Sache „angebracht" hat, wenn auch zunächst nur mit Hülfe eines obligatorischen Anspruchs; er braucht sich nicht ferner zu bemühen, sie an den Mann zu bringen.

Sein Nachtheil ist, dass er sich die Möglichkeit der Uebereignung an den Käufer erhalten muss, also insoferne nicht weiter über die Sache verfügen kann. Insbesondere ist er nicht in der Lage, durch anderweitige Veräusserung der Sache die Gefahr des Zufalls auf einen Dritten abzuwälzen, der sie etwa sofort in Empfang zu nehmen bereit wäre[2]).

Bei dieser wesentlichen Gleichheit der Lage der Parteien beruht nun das ausschlagende Moment in ihrer respektiven Stellung zum weiteren Vollzug.

Dazu sind Handlungen beider Theile nothwendig — reales Geben und reales Nehmen. Welche Partei trifft in

1) Wenigstens unzweifelhaft; auf die Controverse bezüglich der unbenannten Realcontrakte, die ohne Zweifel für die Römer selbst schon eine Controverse war, gehe ich hier nicht ein. Vgl. Vangerow §. 591, IV, 2 (Bd. III S. 208). Ueber das auf ganz anderer Grundlage beruhende Perikulum bei der Miethe vgl. Bd. I S. 601 fgg.

2) Bis hierher stimmt vollkommen überein die Argumentation von Vangerow Bd. III §. 591, S. 211. (Einigermassen verwandt auch Mommsen Beiträge Bd. I S. 326 fgg.)

dieser Beziehung die Initiative? Das ist die entscheidende Frage.

Sagen wir den Verkäufer, so trifft ihn auch die Gefahr: seine Sache ist es, sich des Objects vollends zu entledigen.

Liegt umgekehrt die Initiative dem Käufer ob, hat er um den Empfang der Sache thätig zu werden, so ruht auch die Gefahr auf ihm; der Verkäufer kann abwarten, bis der Käufer ihm die Sache abverlangt; insoferne geht sie ihn nichts mehr an.

Auf diese Weise ergibt sich nun doch ein allgemeinerer Ausgangspunkt. Denn es ist nach römischem Rechte im Allgemeinen Sache Dessen, der eine individuell bestimmte Sache[1]) zu fordern hat, seinerseits zur Empfangnahme die Initiative zu ergreifen und sie da in Empfang zu nehmen, wo sie sich zur Zeit der Begründung des Anspruches befindet; davon mag es Ausnahmen geben, der Kauf gehört zu diesen Ausnahmen nicht[2]).

Ergreift also der Käufer diese Initiative nicht, so trifft ihn der Nachtheil; der Verkäufer hat das Seinige gethan, indem er die Sache zur Uebergabe bereit hält.

So kann man denn allerdings auch sagen, dass die Behandlung des Perikulum (und die entsprechende des Commodum) ein Ersatz für den Mangel des sofortigen Vollzugs und für die Nothwendigkeit der Tradition ist; vermöge desselben treten unter den Parteien wesentlich die nämlichen Wirkungen ein, wie wenn vollzogen worden wäre. Der Verkäufer hat die Sache definitiv „angebracht", er bekommt unter

1) Nur das ist ja das Kaufobject im Stadium der emtio perfecta.

2) Bei der Miethe ist es auch nicht anders; dem Vermiether liegt nicht die Initiative ob; holt der Miether die Sache nicht, so wird dadurch bezüglich der Gegenleistung nichts geändert. — Ich brauche hiernach nicht zu sagen, dass nach meiner Ansicht weder das „Bringen" noch das „Schicken" gemeinrechtlich einen Bestandtheil der Leistung des Verkäufers als solchen bildet. Es handelt sich dabei immer nur um accessorische Verbindlichkeiten, die daher auch für den Uebergang der Gefahr an sich irrelevant sind. Daher lässt auch Art. 345 des HGB. die gemeinrechtlichen Bestimmungen über den Uebergang der Gefahr unberührt (Abs. 3). Das Genauere gehört nicht hierher.

allen Umständen den Kaufpreis [1]; für den Käufer ist es gleichgiltig, wann er die Sache in Empfang nimmt, insofern er auch die Accessionen erhält, die ihm selbst zugefallen wären, wenn er im frühesten Zeitpunkt, der überhaupt möglich ist, die Empfangnahme bethätigt hätte. Es liegt ein Surrogat, aber keine Fiktion vor [2].

Diese Ansicht erklärt denn auch befriedigend, warum bei der emtio imperfecta gerade die Gefahr hinausgeschoben ist. Der Vertrag ist noch gar nicht vollziehbar, die Initiative des Käufers also noch gar nicht möglich.

§. 135.

Eine einigermassen verwandte Ansicht hat bereits früher Ihering [3] aufgestellt. Allein gleichwohl besteht ein sehr erheblicher Gegensatz. Denn Ihering operirt mit der mora des Käufers, die er nur im concreten Falle durch eine Fiktion ersetzt [4]. Ich dagegen halte die mora vollkommen fern [5]. Wenn gesagt wird, in einem Vertrage, namentlich in einem zweiseitigen, liege der einen Partei die Initiative zur Herbeiführung des Vollzuges ob, so ist damit in keiner Weise gesagt, dass sie durch blose Unterlassung dieser Initiative sich in mora versetzt, so wenig gesagt ist, dass der andere Theil diese Initiative abwarten muss. Es ist blos gesagt, dass die Partei, der die Initiative obliegt, auch die Nachtheile zu tragen hat, die sich aus der Unterlassung derselben ergeben.

1) Etwas anderes sagt auch die L. 5 §. 1 D. de rescind. vendit. (18, 5) nicht. Man beachte den Gegensatz zu dem vorher besprochenen Fall.

2) Namentlich ist damit jede Speculation des Käufers auf den Untergang der Sache, wie jede Speculation des Verkäufers in Beziehung auf nachträglichen Gewinn ausgeschlossen. Die Einheitlichkeit des Kaufes, die Zufälligkeit des Zeitpunkts der Erfüllung kommt damit erst völlig zur Geltung.

3) in seinen Jahrbüchern Bd. 3 S. 462—468. Regelsberger a. a. O. S. 94.

4) eine Construktion, die sehr lebhaft an die „culpa in contrahendo" erinnert.

5) Ebenso wie die Frage, in wessen Interesse der Aufschub stattfindet. Diese Frage wird sich sehr häufig gar nicht beantworten lassen, auch kommt darauf nichts an; selbst wenn der Aufschub im Interesse des Verkäufers ist, liegt die Initiative der Empfangnahme dem Käufer ob.

Der Käufer kann auch in mora versetzt werden, dann ergeben sich aber viel weitergehende Wirkungen [1]).

Ich sollte meinen, dass nach dieser Seite hin eine Verständigung leicht möglich ist; Ihering hat das Verdienst, das Perikulum aus dem Verhalten des Käufers dem Vollzuge gegenüber abgeleitet zu haben; aber er qualificirt dieses Verhalten unrichtig.

Ebenso aber scheint mir eine Verständigung mit der „Veräusserungstheorie", soferne dieselbe nur irgendwie in einer juristisch greifbaren und möglichen Formulirung auftritt, sehr nahe zu liegen [2]). Ich halte mich an die Darstellung von Windscheid [3]). Nach dieser entspringt beim Kauf die Verbindlichkeit aus einer Entäusserungserklärung, d. h. einer solchen, welche eine Verpflichtung nur dann erzeugt, wenn ihr der thatsächliche Zustand nicht entspricht. Diese Entäusserungsnatur des Kaufes hat zu der Auffassung geführt, dass die

1) Zu allem Ueberflusse will ich noch bemerken, dass die Initiative, die nach meiner Ansicht dem Käufer obliegt, auch nichts zu schaffen hat mit der Reihenfolge der Leistungen. Auch beim Creditkauf und nicht minder beim Pränumerationskauf liegt die Initiative in Beziehung auf die Empfangnahme der Sache dem Käufer ob. Demnach ist die Scala die folgende: 1) der Verkäufer kann sich ganz passiv verhalten. 2) Der Verkäufer kann mit dem Anbieten der Leistung die Initiative ergreifen, mora accipiendi. 3) Der Käufer kann mit der Zahlung die Initiative ergreifen, das ist ohne Einfluss auf das periculum, wenn nicht zugleich mora auf der andern Seite. 4) Der Verkäufer kann mit der Forderung des Kaufpreises die Initiative ergreifen, damit kann mora accipiendi für den Käufer verbunden sein.

2) Das Bedenkliche dieser Theorie tritt schon äusserlich darin hervor, dass sie beinahe bei jedem Vertreter eine andere Gestalt annimmt. Vgl. die Uebersicht bei Regelsberger S. 94 fgg.; dort findet sich zugleich eine treffende Kritik. Neuerdings sind noch hinzugekommen Bernhöft a. a. O. S. 126 fgg. und Lenel a. a. O. S. 212 fgg Beide Ausführungen fördern die Frage nicht. Lenel kommt wieder auf die Kuntze'sche Formel zurück, dass der Verkäufer nach Abschluss des Vertrages Besitzer anvertrauten Gutes sei und bringt es über sich, sich dafür auf L. 3 D. de periculo (18, 6) zu berufen, welche Stelle doch lediglich den Grad, nicht den Grund der Haftung bezeichnen will.

3) Vgl. Bd. I S. 607 fgg.; ich kann von dem dort Gesagten nichts zurücknehmen.

Kaufsache, was das Verhältniss zwischen den Parteien anlangt, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird.

In dieser Formulirung ist der Satz nicht annehmbar. Ein Uebergang in das „Vermögen", der weder ein Eigenthumsübergang noch ein Uebergang in dem gewöhnlichen Sinne ist, in dem man das geschuldete Object zum Vermögen des Gläubigers rechnet, ist kein greifbarer Begriff und ein Uebergang, der nur als geschehen angesehen wird, ist eben eine Fiktion. Auch sollte man doch nicht verkennen, dass das Perikulum beim Kaufe etwas ganz anderes ist, als bei einseitigen Zuwendungen. Die Zusammenfassung dieser verschiedenen Fälle unter einen gemeinschaftlichen Begriff wirkt für die materielle Erklärung nicht förderlich.

Was an dem Windscheid'schen Begriff der Veräusserungserklärung Wahres ist, habe ich oben anerkannt und weiter zu verwerthen gesucht; für unsere Frage ist derselbe nicht zu verwenden.

Streiten wir aber nicht um Worte und Formeln, so bleibt der folgende Kern übrig. Wird die Sache als bereits in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen, so ist sie zwar noch nicht wirklich übergegangen, dazu sind noch Erfüllungshandlungen nöthig; andererseits aber braucht sich der Verkäufer nicht um dieselben zu bemühen; die Verwandlung der Fiktion in Wirklichkeit hat der Käufer herbeizuführen. Der Grundgedanke, hier mit, dort ohne den Apparat der Fiktion, ist also der nämliche [1]).

1) Auch die Formulirung von Brinz Bd. II S. 319 (2. Aufl.) wird, so wie sie lautet, nicht Jedermann befriedigen, aber auch sie bietet einen Anknüpfungspunkt dar; wird der Käufer durch sein Guthaben und Habenmüssen als Eigenthümer dargestellt noch bevor er Eigenthümer ist und soll das doch keine Fiktion sein, — so ist damit auch wieder nichts anderes gesagt, als dass der Verkäufer zur Herbeiführung des Eigenthumsübergangs keine Initiative zu ergreifen hat. — Für die im ersten Bande ausgesprochene und hier im Wesentlichen wiederholte Ansicht hat sich ausgesprochen Wendt, Reurecht Bd. II S. 100.

§. 136.

Käufer und Verkäufer stehen sich mit entgegengesetzten Interessen gegenüber; jeder will dem Geschäfte einen ihm besonders vortheilhaften Inhalt geben. Finden die Parteien den Punkt, wo sich diese Gegensätze aufheben, so kommt der Kauf zu Stande, im anderen Fall nicht. Die Schwierigkeiten der Verhandlung sind in lebhafter Weise hervorgehoben in einem Reskripte von Diocletian und Maximian, und zwar gerade um daraus die Unverbrüchlichkeit des zum Abschlusse gelangten Vertrages abzuleiten [1].

Diesem Kampfe der widerstreitenden Interessen steht zunächst die Rechtsordnung gleichgiltig gegenüber, sie sanktionirt die fertige Einigung, sofern sie den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, mag sie materiell der einen oder der andern Partei zum überwiegenden Vortheil gereichen, oder mag Vortheil und Nachtheil nach beiden Seiten mit gleichem Masse vertheilt sein.

Aber die entwickelte Rechtsordnung beschränkt sich keineswegs darauf, den Vertrag, so wie er geschlossen worden ist, zu sanktioniren; denn der Kampf der Interessen dauert auch noch innerhalb des abgeschlossenen Vertrages fort, ja er kann selbst nach eingetretenem Vollzuge noch entbrennen. Gerade hier tritt die ergänzende Thätigkeit der Rechtsordnung in ihrer vollen Bedeutung hervor (§. 120). Im Allgemeinen genügt es hier einstweilen auf die Skizze zu verweisen, die im letzten Buche des ersten Bandes (S. 616 fgg.) von derselben gegeben worden ist, und es möge hier nur Folgendes bemerkt sein.

Die fürsorgende und ergänzende Thätigkeit der Rechtsordnung, die überall darauf gerichtet ist, gegenüber den widerstreitenden Interessen der Parteien die innere Angemessenheit und Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen, bewegt sich in einer dreifachen Richtung.

1) Fürsorge, die durch eigene Bestimmung der Parteien in dieser Weise gar nicht hätte getroffen werden können. Hieher gehören die aedilitischen Klagen, die in ihrer besonderen Gestaltung keineswegs eine Ergänzung des unausge-

1) L. 8 C. de rescind. vend. (4, 44). Vgl. Bd. I S. 503 A. 2.

sprochenen Parteiwillens sind, sondern eine selbständige und auf den Bedürfnissen der öffentlichen Ordnung beruhende Verwirklichung der Aequitas zu Gunsten der einen Partei [1]).

Für das heutige Recht mit seiner Vertragsfreiheit tritt diese Eigenthümlichkeit zurück. Der Erfolg des aedilitischen Ediktes könnte bei uns immerhin auch durch Vertrag herbeigeführt werden. Deshalb liegt für das heutige Recht der Schwerpunkt in dem Folgenden.

2) Die Rechtsordnung ergänzt die Bestimmungen, welche die Parteien hätten treffen können, aber nicht selbst getroffen haben, auf Grund der durchschnittlichen Erfahrung über das Verhalten anständiger Männer, die einerseits ihren berechtigten Egoismus nicht opfern, andererseits auch dem des Gegners Raum zu geben bereit sind. Die Summe dieser ergänzenden Vorschriften ist die bona fides [2]). Damit ist den Parteien der Vertragsschluss erleichtert, es bleiben nur die s. g. wesentlichen Punkte über, d. h. das Minimum von Festsetzungen, die im einzelnen Falle concret erfolgen müssen, Waare und Preis [3]).

3) Endlich ist noch zu bemerken, dass manche Rechtssätze, die ursprünglich eine andere Bedeutung gehabt haben, mit der Zeit den Charakter solcher ergänzender Rechtsvorschriften angenommen haben. Dahin gehört z. B. der bekannte Zwölftafelsatz, der im ausgebildeten Rechte wesentlich als ergänzende Vorschrift zu Gunsten des Verkäufers wirkt [4]).

§. 137.

Sanktion der Absicht und Ergänzung der Absicht bilden zusammen das Rechtssystem des Kaufes. Es ist nun von Interesse zu untersuchen, ob das römische System etwa nach der Seite des einen Contrahenten hinneigt, also in bewusster oder unbewusster Weise den Verkäufer oder den Käufer bevorzugt. Dabei müssen natürlich solche Verschie-

1) Bd. I S. 632. L. 1 §. 2 D. de aed. edict. (21, 1).

2) Bd. I S. 639 fgg. Oben §. 120.

3) Wie es sich in dieser Beziehung mit dem letzteren verhält, wird später noch zu untersuchen sein.

4) Vgl. über die ursprüngliche Bedeutung des Zwölftafelsatzes Bd. I S. 196; über den ursprünglichen Sinn des Satzes vom Perikulum Bd. I S. 542.

denheiten ganz ausser Betracht bleiben, die lediglich auf der sachenrechtlichen Verschiedenheit der beiden Leistungen beruhen; dieser Gegensatz kommt nicht nur beim Kaufe in Betracht [1]).

I. Die Terminologie des Geschäfts und, was weit mehr in's Gewicht fällt, die Geschäftsformulare stellen durchaus den Käufer und die Sache in den Vordergrund. Die Sache wird mit dem Gelde gekauft, nicht das Geld mit der Sache erworben. So verhält es sich nicht nur im Mancipationsformular, sondern gerade so noch in den zwangslosen Formularen, deren sich der spätere Geschäftsverkehr bediente; selbst wenn hier der Verkäufer als redend eingeführt wird, spricht er vom Kaufen, nicht vom Verkaufen [2]).

Dagegen könnte man geltend machen, dass das Formuliren der Kaufbedingungen, die Redaktion der s. g. lex contractus und insoferne die Offerte vorzugsweise Sache des Verkäufers war [3]). Allein die Erklärung liegt darin, dass der Verkäufer beim Verkaufe mehr zu sagen und anzugeben hatte als der Käufer; eine materielle Ueberlegenheit des einen über den andern ist damit in keiner Weise gegeben. Solche einseitig formulirte „Bedingungen" (Bedingnisshefte) kommen auch bei uns noch vor (Auktionen).

Ganz im Gegentheil war damit ein Nachtheil verbunden, nämlich der, dass im Zweifel der Vertrag zu Ungunsten des Verkäufers interpretirt wurde, dessen Sache es gewesen wäre, denselben deutlicher zu formuliren [4]).

Der Gedanke aber, dass der Käufer die Sache nimmt, tritt noch weiter, wie wir oben gesehen haben, auch bei dem vom Abschlusse getrennten Vollzuge hervor. Sache des Käufers ist es, bezüglich der Uebergabe der Sache voranzugehen.

1) Die folgenden Erörterungen berücksichtigen theilweise die abweichenden Ansichten von Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre Bd. II S. 79 fgg. Solche nationalökonomisch-juristische Aperçus, wie sie dort über das Verhältniss des römischen, des mittelalterlichen und des modernen Kaufes gegeben sind, nehmen leicht den Charakter von Dogmen an; deshalb möge es gestattet sein, bei diesem Punkte etwas länger zu verweilen.

2) Bd. I S. 462.

3) Bd. I S. 265. Brinz a. a. O. S. 701.

4) L. 21 D. h. t.

So ist der Satz von Endemann, dass dem Verkäufer Vorleistung obliege, während der Käufer nur gleichzeitige Leistung anzubieten brauche, nicht nur ohne allen Beleg in den Quellen des geltenden Rechtes [1]), sondern er würde auch mit dem Perikulum im direktesten Widerspruch stehen; von jenem Ausgangspunkte aus hätte nothwendig das Perikulum dem Verkäufer überbürdet werden müssen [2]).

Auch die Eigenschaft des Kaufes als eines Geldgeschäfts ist für die Entwickelung im römischen Rechte ohne Zweifel von grosser Bedeutung gewesen; dieser Eigenschaft verdankt der Kauf seine frühzeitige Ausbildung und namentlich auch seine Anerkennung als Consensualcontrakt [3]). Dass aber den Römern jemals das Geld die vorzüglichste Sache gewesen, „die jeden andern Begriff in sich schloss“ und dass deshalb die Geldgeschäfte grundsätzlich zum Vortheil des Geldempfängers organisirt waren, wird auch derjenige nicht ohne Weiteres zugeben, der im Uebrigen von der römischen Geldwirthschaft eine sehr hohe Meinung hat.

Die naturgemässe Anschauung, dass für die Organisation des Kaufes die Sache als das individuelle Gut überwiegt, ist auch von den Römern niemals verläugnet worden.

II. Dem Verkäufer liegen seit alten Zeiten theils nach dem Edikte der Aedilen, theils nach Civilrecht weitgehende Pflichten in Beziehung auf Ansagen von Mängeln und Garantieleistungen ob; die vortheilhafte Lage, in der er sich gegenüber der ihm bekannten Sache befindet, ist dadurch vollständig zu Gunsten des Käufers ausgeglichen [4]). Das aedilitische Edikt richtet seine Spitze gegen die Sklavenverkäu-

1) Er wird auch meines Wissens für das geltende Recht von Niemandem gelehrt. Nur für ein gewisses Stadium der geschichtlichen Entwickelung behaupten manche Gelehrte die Nothwendigkeit der Vorleistung. Bd. I S. 594. — Man sollte erwarten, dass sich Endemann zu Gunsten seiner Auffassung vielmehr auf das Perikulum berufen hätte, das er aber völlig ignorirt.

2) Vgl. Bd. I a. a. O.

3)) Bd. I S. 483; zu der dort angeführten Literatur vgl. auch v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 248—252, Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligationen S. 72 fgg.

4) Bd. I S. 351. Dieser überaus wichtige Punkt ist von Endemann gar nicht berücksichtigt. Er allein würde genügen, die Theorie,

fer[1]); von der Jurisprudenz ist es auf alle Kaufgeschäfte ausgedehnt worden. — Das neue Handelsrecht hat gerade hier sehr erhebliche Restriktionen zu Gunsten des Verkäufers eintreten lassen.

III. Dieser Ausgleichung stehen zunächst keine Pflichten des Käufers gegenüber; abgesehen vom Dolus und von den besonderen Voraussetzungen der in integrum restitutio hat der Verkäufer keine Hilfe gegen einen nachtheiligen Kauf. Diese scheinbare Ungleichheit wird wieder durch das Recht der s. g. laesio enormis einigermassen aufgehoben. Dasselbe gehört dem spätesten römischen Rechte an, ist überhaupt nur in zwei Codexstellen erwähnt, beidemale in Beziehung auf Grundstücke, und es ist daher in keiner Weise abzusehen, wie durch dasselbe die Tendenz, den Verkauf als Speculationsverkauf zu begünstigen, bewiesen werden kann. Ob zweckmässig oder unzweckmässig, so dient es lediglich zur Herstellung des scheinbar gestörten Gleichgewichts zwischen Verkäufer und Käufer. Als dann im Mittelalter die laesio enormis auch auf den Käufer ausgedehnt wurde, ist freilich dieses Gleichgewicht erst recht wieder zerstört worden[2]).

IV. Vielleicht die auffallendste Erscheinung im römischen Kaufrechte ist die oben ausführlich besprochene, dass auch eine fremde Sache verkauft werden kann. Fragen wir nun hier, ob diese Organisation des Kaufs zu Gunsten des Verkäufers oder des Käufers wirkt, so lässt sich darauf keine ganz einfache Antwort geben. Zunächst tritt uns — namentlich wo die strengen Voraussetzungen der Eviktionsgarantie festgehalten sind — der Vortheil des Verkäufers entgegen. Er braucht nicht sofort den Kaufpreis zurückzugeben, noch Entschädigung (das s. g. negative Vertragsinteresse) zu leisten,

dass der römische Kauf nach den Interessen des Speculationsverkaufs organisirt sei, zu widerlegen.

1) Also gerade gegen eine Klasse von Speculationsverkäufern; L. 1 §. 2 D. de aed. edict. (21, 1).

2) Die beiden Codexstellen L. 2, L. 8 C. de rescind. vend. (4, 44) geben keine Motive für die Neuerung an, ja lassen dieselbe nicht einmal scharf als solche hervortreten. Ob die Kaiser bewusst die im Texte bezeichnete Tendenz — oder welche Tendenz sonst sie verfolgten, lässt sich nicht bestimmen; dass das Gesetz objectiv in der oben bezeichneten Weise gewirkt hat, ist unzweifelhaft.

wenn sich die Sache als fremde herausstellt; der Käufer muss warten, bis ihm ein materieller Schaden zugeht. Sobald aber dieser Fall wirklich eintritt, ändert sich die ganze Situation. Nunmehr ist der Verkäufer, der das Erfüllungsinteresse leisten muss, der benachtheiligte[1]). Erwägt man nun weiter die Tendenz des klassischen Rechtes, die Garantiepflicht unabhängig zu machen von besonderer Verabredung, und ferner die Fälligkeit derselben unter gewissen Voraussetzungen schon in den Zeitpunkt zu verlegen, da sich die Sache als fremde herausstellt, beziehungsweise sie auch da eintreten zu lassen, wo eine wirkliche Eviktion weder eingetreten ist noch droht, so wird der Gesammteindruck doch dahin gehen, dass der Vortheil dieser Organisation mehr auf Seiten des Käufers als des Verkäufers liegt. Zu der Tendenz, im Wege der Speculation Geld mittelst der Sache zu erwerben, passt diese Behandlung der Eviktion ebenso wenig, als das ganze römische System des Eigenthumserwerbes.

V. Einen Creditkauf als rechtlich formulirte Abart des Kaufes kennt das römische Recht gar nicht. Die rechtliche Sanktion setzt vielmehr Baarzahlung voraus: Credit beruht auf specieller Verabredung. Mag auch in dieser Beziehung eine Abschwächung und Verflüchtigung eingetreten sein, so dass die Form der Stipulation oder der literarum obligatio später nicht mehr nothwendig war, immer beruht der Credit auf irgend welcher besonderen ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachung. Dass die einfache Forderung aus dem Verkaufe selbst schon als Creditirung erscheint, ist eine moderne, aber keine römische Anschauung. Darum gibt es auch, was längst schon hervorgehoben worden ist, im römischen Recht kein pactum reservati dominii; die ausdrückliche Ausschliessung des Creditirens und seiner Wirkungen hat im römischen Recht gar keinen Sinn.

Darum besteht gar kein principieller Gegensatz zwischen Creditkauf und Pränumerationskauf[2]). Der letztere setzt

1) Noch entschiedener würde die ungünstige Lage des Verkäufers schon im älteren Rechte dann hervortreten, wenn die actio auctoritatis, wie bekanntlich von Vielen angenommen wird, eine Deliktsklage gewesen wäre.

2) Auch dass der Creditkauf von Seiten der römischen Juristen

ebenso wie der erstere specielle Verabredung voraus, und diese wird in beiden Fällen ganz gleichmässig sanktionirt. Man kann also blos sagen, dass im römischen Verkehre der Pränumerationskauf seltener war als der Creditkauf (vgl. oben S. 18); in dieser Beziehung besteht aber wohl kaum ein Gegensatz zum heutigen Verkehre.

Rechtlich stehen sich gerade hier die beiden Parteien ganz gleich.

VI. Im Uebrigen ist nur noch hervorzuheben, dass das römische Recht auf dem Gebiete der bona fides die Gleichheit zwischen den beiden Parteien gewissenhaft wahrt.

Alles in Allem werden wir also die oben gestellte Frage dahin beantworten können. Der römische Kauf stellt die Sache als das individuelle oder doch individuellere Object in den Vordergrund; er ist Erwerb der Sache gegen Geld, nicht Erwerb von Geld mittelst der Sache. Aber auf dieser Grundlage sind die Beziehungen der beiden Parteien zu einander mit voller Gleichheit gewahrt. Der römische Kauf ist ebenso wenig zur Begünstigung des Käufers als zur Begünstigung des Verkäufers organisirt; er ist ebensowenig Speculationskauf als Speculationsverkauf. Daher ist auch ein principieller Gegensatz zwischen dem römischen und dem heutigen Kaufe in dieser Beziehung völlig unerfindlich.

§. 138.

Wohl aber kann die Absicht im einzelnen Falle das besondere Moment der Speculation [1]) in sich aufnehmen — sei es die Absicht beider Theile oder nur die des einen Contrahenten.

Das römische Recht fasst dieses Moment zunächst lediglich als Motiv des einzelnen Geschäftes auf, welches die rechtliche Sanktion nicht ändert. Wollen die Parteien demselben eine weitergehende Bedeutung beilegen, so mögen sie besondere Verabredungen schliessen. Solche Nebenverabredungen, welche dem Zwecke der Speculation dienen können, sind z. B. die

einer „besonderen doktrinellen Construktion gewürdiget" worden sei, muss bestritten werden. — Vgl. übrigens Bd. I S. 329 fgg.

1) Diesen Begriff selbst setze ich hier als bekannt voraus. Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes (2. Aufl.) Bd. I §. 40 namentlich A. 13.

addictio in diem, die lex commissoria, unter Umständen wohl auch das pactum displicentiae u. s. w.

Von Rechtswegen[1]) wird, soweit mir bekannt, die speculative Absicht nur ein einziges Mal berücksichtigt, nämlich in Beziehung auf den Verkauf von Materialien stehender Gebäude. Dieser Verkauf ist aus polizeilichen Gründen verboten und mit Strafe bedroht; die besonderen Bestimmungen interessiren uns hier nicht, Voraussetzung aber ist gerade die speculative Absicht:

L. 52 D. h. t. (Paulus L. 54 ad Edict.): Senatus censuit ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve

und

L. 2 C. de aedific. priv. (8, 10): Negotiandi causa aedificia demoliri et marmora detrahere edicto Divi Vespasiani et SC. vetitum est; ceterum de alia domo in aliam transferre quaedam licere exceptum est.

Hier hat negotiatio die besondere Bedeutung des Speculirens (quo plus sibi acquireretur); es ist nur hervorzuheben, dass dieselbe zwar häufig, aber keineswegs wesentlich ist; negotiatio bezeichnet auch das einfache Geschäft, den „Handel" in diesem Sinne, ganz gleichbedeutend mit negotium[2]).

Die neuere Rechtsentwickelung dagegen legt der speculativen Richtung der Absicht eine selbständige Bedeutung bei,

1) Das aedilitische Edikt hat im klassischen Rechte seine Beziehung auf den Speculationsverkauf vollständig verloren. Auch der lex Anastasiana liegt zwar die Tendenz zu Grunde, den Handel mit Forderungen zu verhindern; allein in der Ausführung kommt diese Tendenz nicht zur Geltung, da jeder Forderungskauf, mit Ausnahme der vom Gesetze selbst hervorgehobenen Fälle, betroffen wird. Vgl. HGB. Art. 299.

2) Vgl. namentlich L. 21 D. de her. vel a. vend. (18, 4) — non ex re sed propter negotiationem. — Wir haben es hier nur mit dem einzelnen Geschäfte zu thun; die besonderen publicistischen (namentlich steuerrechtlichen) Vorschriften, denen der Kaufmann als solcher unterworfen war, gehen uns nichts an. Ebenso wenig kommt es für uns in Betracht, dass die speculative Absicht unter Umständen als Interpretationsmittel dienen kann; das gilt von jedem Motiv. L. 2 pr. D. de peric. (18, 6). Vgl. Goldschmidt a. a. O. §. 41 A. 1.

dergestalt, dass die Sanktion theilweise eigenthümlich beschaffen ist. Damit trennt sich der s. g. Handelskauf vom gewöhnlichen oder bürgerlichen Kauf, das Handelsrecht vom gemeinen Recht.

Ueber diesen Unterschied ist hier lediglich Folgendes hervorzuheben:

I. Der Gegensatz der Sanktion kann sich nicht bestimmen nach der Beschaffenheit der einzelnen Absicht; denn innerhalb derselben ist die speculative Richtung gar nicht oder nicht mit genügender Bestimmtheit wahrnehmbar. Vielmehr bedürfen die Voraussetzungen der besonderen Sanktion einer objectiven Bestimmung nach äusserlich wahrnehmbaren Merkmalen, aus welchen nach durchschnittlicher Erfahrung auf die besondere Richtung der Absicht geschlossen werden kann, sei es für beide Contrahenten oder nur für den einen Theil. Ob sie im einzelnen Fall auch wirklich besteht, ist gleichgiltig, — ebenso wie es gleichgiltig ist, wenn sie ausserhalb der gesetzlichen Voraussetzungen vorkommt; durch blosen Willen kann die handelsrechtliche Sanktion weder herbeigeführt noch umgekehrt ausgeschlossen werden. Und da nun die handelsrechtliche Sanktion nicht nur vortheilhafter, sondern unter Umständen auch nachtheiliger ist, als die gemeinrechtliche, so liegt insoferne nicht bloss eine Ergänzung, sondern umgekehrt auch eine Vergewaltigung der empirischen Absicht vor; diese wird möglicher Weise auch gegen die Intention des Handelnden von der handelsrechtlichen Sanktion ergriffen. Welches aber die Merkmale sind, die den rechtlichen Charakter des Handelskaufs bestimmen, das bedarf hier keiner erneuten Darstellung [1]), die ohnedem weit über das Gebiet des Kaufes hinausgehen müsste.

II. Das Handelsrecht stellt kein in sich abgeschlossenes System des Kaufes auf, es greift nur modificirend in das allgemeine Recht des Kaufes ein. Gegenüber unserem gemeinen Rechte machen sich diese Modificationen hauptsächlich in Beziehung auf den Vollzug, nur wenig in Beziehung auf den Abschluss des Geschäftes geltend [2]). Und zwar sind es, ihrer

1) Vgl. Goldschmidt a. a. O. §. 42—45; Thöl, Handelsrecht §. 23–36; Gareis in Endemann's Handbuch II, 540 fgg.

2) Ob auch in Beziehung auf den Begriff, hängt von dem Ver-

Tendenz und beziehungsweise Wirkung nach, Modificationen von zweierlei Art; einmal solche, welche lediglich die rechtliche Stellung der einen Partei eigenthümlich bestimmen — hieher gehören namentlich die Vorschriften wegen Haftung des Verkäufers für die Mängel der Sache; anderntheils solche, die je nach Lage der Umstände bald diese bald jene Partei betreffen; dahin gehören die wichtigen Vorschriften über das Verhalten des einen Theils gegenüber der Saumsal des andern. Indirekt haben auch die sachenrechtlichen Bestimmungen des Handelsrechts (Art. 306, 307), eine Modification des Kaufrechts zur Folge, theils für den Käufer — erleichterten Eigenthumserwerb, theils entsprechend für den Verkäufer, Entlastung in Beziehung auf Eviktion.

Manche Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs bezwecken wesentlich die Herstellung von Rechtseinheit und sind, insofern ihre Bestimmungen mit denen des gemeinen Rechtes übereinstimmen, ebendeshalb für dieses ohne materielle Bedeutung [1]).

hältnisse des Lieferungsgeschäfts zum Kaufe innerhalb des gemeinen Rechtes ab. Entscheidungen des ROHG. Bd. 19 S. 262.

1) Vgl. Thöl a. a. O. §. 250.

Drittes Kapitel.

Kaufobject und Kaufpreis.

§. 139.

Das Kaufobject kommt nach sehr verschiedenen Beziehungen in Betracht, die nicht immer mit der wünschenswerthen Schärfe auseinandergehalten werden. Es fragt sich nämlich

1) vor Allem, was überhaupt Kaufobject im rechtlichen Sinne sein kann; mit andern Worten, bezüglich welcher Objecte die empirische Absicht des (definitiven) Erwerbens gegen Geld rechtlich sanktionirt ist. Die Antwort auf diese Frage, die Lehre vom Kaufobject als solchem, ist der Gegenstand der folgenden Untersuchung.

2) Wesentlich hievon ist die Frage verschieden, auf welche Weise im einzelnen Falle das Kaufobject genügend bestimmt wird. Die Antwort auf diese Frage bildet einen Theil der Lehre vom Abschlusse des Kaufvertrags, und gehört daher in das folgende Buch [1]).

3) Und wiederum eine ganz andere Frage ist die nach den Wirkungen, die sich aus dem Widerspruch zwischen der subjectiven Bestimmung und der objectiven Beschaffenheit der Sache, zwischen dem vorgestellten und dem wirklichen Objecte ergeben, sei es dass der Vorstellung eine reale Existenz überhaupt oder die Existenz eines rechtlich zulässigen

1) Dorthin gehört daher insbesondere auch der Unterschied des generisch und des specifisch bestimmten Objectes, der Unterschied der gegenwärtig existirenden und der erst zukünftigen Sache u. s. w. Auch in den neuesten Darstellungen wird hier vielerlei durcheinander geworfen: die Confusion bei Glück Bd. 16 S. 37 fgg. ist freilich unerreicht.

Kaufobjects gar nicht entspricht oder dass die wirklich existirende Sache von der vorgestellten in wesentlichen Punkten verschieden ist. Die Lehre vom Irrthum über das Object und über die Substanz bezieht sich nur auf das concrete Object und kann daher auch nur innerhalb der Lehre vom Abschlusse des Kaufvertrags erörtert werden.

4) Endlich ist möglich, dass dem Kaufe die rechtliche Sanktion entzogen ist nicht wegen der besonderen Beschaffenheit der Sache, sondern wegen einer auf diese Beschaffenheit bezüglichen unsittlichen Gesinnung beider Parteien oder einer derselben. Hierher gehört der Verkauf der res furtivae, hierher ferner auch nach römischer Auffassung der Verkauf, überhaupt der geschäftliche Verkehr mit Gift [1]. Solche Fälle, wo dem Geschäfte um seiner Unsittlichkeit willen die Sanktion verweigert wird, gibt es noch mehrere; auch ihre Besprechung gehört in das folgende Buch [2].

Aehnlich, wenn auch der Natur der Sache nach einfacher, gestaltet sich die Lehre von der Gegenleistung. Wir unterscheiden auch hier:

1) die Lehre von der Gegenleistung als solcher, welche die objectiven Merkmale der letzteren darzustellen hat, und

2) die Lehre von der Bestimmung des Kaufpreises im einzelnen Falle.

Erster Abschnitt.

Das Kaufobject.

§. 140.

Die Quellen geben uns auf die Frage nach dem möglichen Kaufobjecte [3] keine Antwort. Denn die Aeusserung des Pau-

1) L. 35 §. 2 D. h. t.; L. 4 §. 1, 2 D. fam. ercisc. (10, 2).

2) Auch die auf der lex Julia repetundarum beruhenden Kaufverbote zum Nachtheil der Provinzialbeamten u. s. w. gehören in diesen Zusammenhang; mit dem Objecte als solchem haben sie gar nichts zu schaffen.

3) Ueber den Sprachgebrauch, namentlich über die Bedeutung von merx, vgl. Bd. I S. 35. Hinzuzufügen ist hier noch, dass das deutsche Handelsgesetzbuch das Wort „Waare“ keineswegs identisch mit „be-

lus in L. 34 §. 1 D. h. t. [1]) bezieht sich offenbar nur auf die res im engeren Sinne, die res corporales. Andererseits aber würde es einer wissenschaftlichen Erforschung des Kaufes schlecht anstehen, wenn sie sich auf die blose casuistische Aufzählung der im römischen und beziehungsweise im heutigen Rechte vorkommenden Objecte beschränken wollte. Unsere Aufgabe ist es vielmehr, das Prinzip zu ermitteln und die Richtigkeit desselben an der Casuistik zu erproben [2]).

Der Ausgangspunkt für diese Untersuchung ist ganz von selbst gegeben. Das ursprüngliche und das auch noch innerhalb des entwickelten Verkehrs regelmässige Kaufobject ist die Sache (res corporalis); die andern Objecte treten lediglich als Erweiterungen hinzu. Wie daher überhaupt der Sachenkauf den eigentlichen kaufrechtlichen Typus darstellt, so werden auch gewisse Eigenschaften der Sache für die übrigen Objecte bestimmend sein müssen; nur solche Güter, bei welchen sich diese Eigenschaften oder doch Analogieen derselben finden, sind neben den Sachen Objecte des rechtlich sanktionirten Kaufs.

Welches sind nun diese massgebenden Merkmale?

I. Für die natürliche Auffassung tritt zunächst die Selbständigkeit, Abgeschlossenheit, Individualität der Sache hervor, welche das Nehmen und Behalten derselben gestattet. Dadurch unterscheidet sich die Sache von ihren Kräften und

weglichem Kaufobject“ gebraucht, vgl. z. B. Art. 271 Abs. 1, Art. 306 und sonst noch oft. Für die Lehre vom Kaufe besteht aber keine Veranlassung, den specifischen Begriff der „Waare“ im handelsrechtlichen Sinne weiter zu verfolgen. Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 204, Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. II S. 1 fgg. (2. Aufl.)

1) Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

2) In der Literatur findet sich eine Untersuchung über die wesentlichen Merkmale des Kaufobjects nur sehr vereinzelt. Gewöhnlich wird das Kaufobject umschrieben als „veräusserlicher Vermögensgegenstand“; so z. B. Arndts §. 300; Wächter, Pand. §. 204 (vgl. auch Puchta Vorlesungen II, S. 216); — oder es wird nur eine Aufzählung der wichtigsten Kaufobjecte gegeben (Windscheid §. 385). Eingehender ist Sintenis §. 116 III, 1 Anm. 13 fgg.; wirklich principiell und im Wesentlichen auch richtig verfährt Brinz §. 325 Anm. 23 (S. 697). Vgl. noch Dernburg pr. Privatrecht II, §. 134 (S. 337).

Eigenschaften, oder von Wirkungen, die nur mittelst ihrer selbst hervorgerufen werden können: gerade auf dieser Unselbständigkeit beruht, wie wir oben (S. 60) gesehen haben, das blose Benutzen und Gebrauchen im Gegensatz zum Haben.

Demnach muss auch den übrigen Objecten gerade dieses Moment der Selbständigkeit und Abgeschlossenheit zukommen, nur dass es hier nicht auf physischer Grundlage, sondern auf der Vorstellung beruht. Wir können also sagen: ein ideelles Gut ist mögliches Kaufobject, insoferne es als selbständig, abgeschlossen, individuell existirend vorgestellt wird[1]). Was dagegen lediglich als Funktion eines Menschen oder eines andern Gutes vorgestellt wird, ist nicht Gegenstand des Kaufes; sondern um zu dieser Funktion zu gelangen, wird der Mensch oder die Sache gemiethet. Auch da, wo wir vom Kaufe in einem bildlichen Sinne sprechen, liegt gleichwohl diese Vorstellung zu Grunde. Man spricht vom Verkaufe des Gewissens, der Ehre, der Wahlstimme, indem man sich dabei Gewissen, Ehre, Stimme objectivirt, nicht aber als blose Kräfte und Thätigkeiten des Menschen auffasst.

II. Ist daher dieses Merkmal zunächst selbst empirischer (psychologischer) Natur, so entsteht die weitere Frage nach dem specifisch juristischen Momente des Kaufobjects. Dieses abstrahiren wir abermals von der Sache. Das Verhältniss zu derselben ist ein privatrechtlich geschütztes, und nur die Sachen, bezüglich deren dieser privatrechtliche Schutz besteht, sind Objecte des rechtlich sanktionirten Kaufes. In weiterer Entwicklung ist aber dieser Schutz nicht nothwendig Eigenthums- und Besitzesschutz. Auch Derjenige, welchem eine abgeleitete persönliche Klage (actio utilis) zusteht, hat damit ein selbständig geschütztes Gut. Und so ist allerdings die schon oben erwähnte L. 34 §. 1 D. h. t. mittelbar von principieller Bedeutung[2]). Das von ihr hervorgehobene Er-

1) Diese Vorstellung ist gerade auch das charakteristische der res incorporales. Nur ist die Aufzählung derselben in den Quellen (§. 2 I. de reb. incorp. 2, 2) nicht abgeschlossen und, was schwerer wiegt, die römische Jurisprudenz hat diese ganze Kategorie so gut wie nicht verwerthet. Vgl. L. 15 §. 2 D. de precario (43, 26).

2) Natürlich ist das persequi posse — soferne dabei nicht etwa

forderniss des rechtlichen Schutzes des Gutes findet auch auf die übrigen Kaufobjecte analoge Anwendung.

Wo diese Voraussetzung fehlt, da ist für das Recht überhaupt kein Object vorhanden, sondern lediglich eine Funktion, mag dieselbe auch von der empirischen Vorstellung objectivirt werden. Darum sind „der Dienst", „die Arbeit" keine Kaufobjecte. Darin liegt auch im letzten Grunde das Unterscheidungsmerkmal zwischen Kauf und locatio conductio operis. Für die empirische Vorstellung ist auch das opus selbständig; für die rechtliche Auffassung ist es lediglich ein Zustand u. s. w. einer andern Sache [1]).

III. Ist so in Beziehung auf die rechtliche Selbständigkeit des Objects die Analogie des Sachenkaufs durchaus gewahrt, so ist sie dagegen in einer andern Beziehung verlassen; es ist nicht unwichtig, diesen Punkt von vorneherein festzustellen. Während nämlich die Existenz der Sache vom Kaufe ganz unabhängig ist, der Vollzug sich daher als „Uebergabe, Uebertragung" darstellt, und somit einen derivativen Charakter hat, so besteht auch die Möglichkeit, dass das Object gerade durch den Vollzug [2]) erst geschaffen wird. Der Kauf kann auch einen s. g. constitutiven Erwerb zur Folge haben, d. h. den Erwerb eines Objectes, das als solches bisher noch nicht existirt hat.

§. 141.

Gegenstand des Kaufes sind vor Allem die Sachen, die beweglichen wie die unbeweglichen. Unsere Aufgabe ist es natürlich nur, die Ausnahmen genauer zu betrachten. Selbstverständlich gehören dazu nicht die Sachen, welchen thatsächlich der Tauschwerth und damit die Verkäuflichkeit fehlt. [3]).

Im rechtlichen Sinne unverkäuflich sind die s. g. res extra commercium, deren Besitz auch nicht einmal privatrechtlich geschützt ist. Im Einzelnen ist hier nicht von ihnen zu han-

an das interdictum utrubi gedacht ist, im rein abstracten Sinne zu nehmen.

1) Vgl. einstweilen L. 20 D. h t.

2) Nicht zum Zwecke desselben. Dies kann auch beim Sachenkauf vorkommen.

3) So ist namentlich Wasser je nach den thatsächlichen Umständen verkäuflich oder unverkäuflich. L. 1, L. 14 §. 3 D. de alim. (34, 1).

deln; nur die folgende Bemerkung sei gestattet. Es gibt unter diesen Sachen solche, bezüglich deren schon die empirische Absicht des Kaufens nicht denkbar ist: das sind die Sachen, welche nach den Worten des Juristen die Natur vom Privatverkehr ausschliesst, die s. g. res naturali iure omnium hominum communes. Auf diejenigen dagegen, welche das ius gentium vel mores civitatis commercio exuerunt, wozu auch die freien Menschen gehören, kann sich gleichwohl die empirische Absicht sehr wohl richten — besteht doch auch heutzutage noch thatsächlicher Sklavenhandel[1]); und sogar für die Rechtsordnung ergibt sich hier insoferne eine besondere Aufgabe, als die Absicht im einzelnen Falle auf Irrthum beruht. Davon ist genauer noch nicht in diesem Zusammenhange zu sprechen[2]).

Zu den res extra commercium gehören nach römischem Rechte auch die Sachen der Feinde. An und für sich sind dieselben also nur als res futurae Kaufobjecte. Eine Ausnahme aber wurde gemacht bezüglich der ursprünglich römischen Sachen, welche der Feind erbeutet hat und zu deren Gunsten das ius postliminii besteht; hier wurde lediglich eine Schwierigkeit des Vollzugs angenommen[3]).

Wohl zu unterscheiden von dieser schon dem ius civile angehörenden Kategorie von Sachen sind diejenigen, deren Verkauf und sonstige Circulation aus irgendwelchen polizeilichen[4]) Gründen verboten oder erschwert ist.

Wohl die älteste dieser Beschränkungen, soweit sie in den Quellen des geltenden Rechtes vorkommen, bezieht sich

1) Insbesondere kann auch die Absicht auf diese Sachen unter der Bedingung des Wegfalls der hindernden Eigenschaft gerichtet sein. Davon ist im zweiten Buche zu handeln.

2) Es soll hier nur einstweilen daran erinnert werden, dass sich aus besonderen Gründen der Zweckmässigkeit ein solcher „nichtiger" Kauf sogar einer gewissen Sanktion rühmen kann; dies war der Fall beim gutgläubigen Kauf eines freien Menschen, der nach Analogie des Kaufs einer fremden Sache behandelt wurde. Bd. I S. 685.

3) L. ult. D. de a. e. v. (19, 1). Das Princip ist ausgesprochen in L. 103 D. de V. O. (45, 1). Dieselbe Unterscheidung tritt auch beim Legat hervor. Vgl. einerseits L. 104 §. 2 D. de leg. I (30), andererseits L. 9, 98 D. eod.

4) Dieses Wort im weitesten Sinne genommen.

auf den (Speculations-) Kauf von Baumaterialien stehender Gebäude [1]) (S. 113), eine Vorschrift, die in analoger Weise auch beim Vermächtnisse wiederkehrt [2]) und mit der uralten, schon in den 12 Tafeln hervortretenden Tendenz, den Bestand der Häuser zu sichern, zusammenhängt.

Die spätere Kaiserzeit hat noch manche weitere Beschränkungen hinzugefügt [3]), dieselben haben im einzelnen für uns kein Interesse, sowenig wie die oben erwähnte baupolizeiliche Vorschrift. Wir beschränken uns daher auf folgende Bemerkung:

Es ist möglich, dass ein derartiges Verbot den gleichwohl abgeschlossenen Vertrag und den Vollzug unberührt lässt und sich ausdrücklich auf Androhung einer Strafe für den einen, möglicher Weise auch für beide Contrahenten beschränkt. Aus den Quellen weiss ich kein Beispiel einer solchen lex minus quam perfecta. — Es ist aber auch möglich, dass das Verbot die Giltigkeit des Geschäftes selbst afficirt, womit dann noch weiter eine Strafe verbunden sein kann. Für den Verkauf der Baumaterialien beruht dieses System auf ausdrücklicher Vorschrift; der Kauf ist nichtig und der Käufer muss den doppelten Kaufpreis als Strafe an den Staat bezahlen [4]). Die dem Codex angehörenden Vorschriften enthalten entweder Strafandrohung [5]) oder sie enthalten gar keine Sanktion; in beiden Fällen ist nach L. 5 C. de leg. (I, 14) die Nichtigkeit selbstverständlich.

Gleichwohl besteht gerade in der Wirkung dieser Nichtigkeit eine sehr erhebliche Verschiedenheit gegenüber den civilrechtlichen res extra commercium. Diese sind für Niemand Gegenstand des Eigenthums und des rechtlich geschützten Besitzes; daher kann auch der Verkäufer die Sache nicht vom Käufer zurückverlangen. Bei den hieher gehörigen Objecten ist dies anders; sie sind Eigenthumsobjecte, und soferne daher

1) L. 52 D. h. t.; L. 2 C. de aedif. priv. (8, 10); L. 48 D. de damno inf. (39, 2).

2) L. 41 D. de leg. I (30).

3) Vgl. Tit. Cod. IV, 40, 41, 42. Vgl. auch L. 1 D. de his quae ut indignis (34, 9): illicitae mercis negotiator; L. 5 §. 2 D. ad leg. Jul. mai. (48, 4). Westphal, Lehre vom Kauf §§. 107—119.

4) Die weitere Controverse kann hier auf sich beruhen.

5) Die Strafen sind theilweise ausserordentlich schwer.

nicht etwa zur Strafe Confiscation eintritt, kann der Verkäufer, wie in anderen Fällen der Nichtigkeit, die Sache selbst vom Käufer zurückfordern.

Gar nicht hieher gehören die Sachen, welche mit einem privatrechtlichen Veräusserungsverbot behaftet sind [1]), denn dieselben hören weder auf, Eigenthumsobjecte noch Gegenstände rechtlich geschützten Besitzes zu sein; ihr Verkauf steht daher an und für sich dem Verkaufe einer fremden Sache gleich. Tritt daher gleichwohl Nichtigkeit ein, so beruht dieselbe auf besonderen subjectiven Gründen und trägt also auch die Möglichkeit der Convalescenz in sich. Damit eröffnet sich ein ganz anderes Gebiet. —

§. 142.

An die Sachen [2]) schliessen sich zunächst die dinglichen Nutzungsrechte an. Dass dieselben ohne Ausnahme Gegenstand des Kaufes sind, unterliegt für das klassische Recht keinem Zweifel; die servitutes praediorum rusticorum waren sogar res mancipi [3]). Die Brauchbarkeit der Sache, an und für sich lediglich eine von Fall zu Fall sich bethätigende Kraft derselben, wird selbst objectivirt und als etwas der Sache gegenüber selbständiges, abgelöstes aufgefasst; und indem dieses also abstrahirte Object auch unter den rechtlichen Schutz gestellt ist, ergibt sich thatsächlich und rechtlich das Analogon der Sache, die res incorporalis. Zunächst denken wir nun

I. an den Fall der Schaffung einer Servitut gegen

1) Noch viel weniger natürlich die, deren Veräusserung durch das Erforderniss der Zustimmung dritter Personen nur erschwert ist. Gesetzlich unveräusserlich ist im heutigen gemeinen Rechte nur noch der fundus dotalis.

2) Vom Kaufe des Besitzes als solchen war bereits die Rede S. 74—77.

3) Vgl. L. 29 §. 1 D. quib. modis usufr. (7,4); L. 20 D. de servit. (8, 1); L. 12 pr. D. de relig. (11, 7); L. 8 §. 2 D. de periculo (18,6); L. 3 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1); L. 6 §. 5 D. eod.; L. 48 §. 6 D. de aed. ed. (21, 1); L. 10, L. 46 §. 1 D. de evict. (21, 2); L. 44 §. 9 D. de leg. I (30); L. 3 §. 8 D. de itinere (43, 19). — Auch L. 80 §. 1 D. h. t. gehört hieher. Der thatsächlich bestehende Zustand der Belastung einer fremden Sache wird durch Kauf in einen rechtmässigen verwandelt. — Gai. II §. 17.

Bezahlung; gerade dieser Fall ist der wichtigste des constitutiv wirkenden Kaufes.

Es ist einleuchtend, dass eine Servitut nur existirt, wenn sie von dem Berechtigten geschaffen ist: Existenz und rechtlicher Schutz fallen hier, wie bei allen res incorporales, nothwendig zusammen; nur die körperliche Sache existirt möglicherweise ohne allen, insbesondere ohne allen privatrechtlichen Schutz. Ob nun gleichwohl etwa die rechtliche Sanktion den Verkauf einer Servitut von Seiten des Nichtberechtigten nach Analogie des Kaufes einer fremden Sache behandelt, kann erst später untersucht werden. Für die objective Betrachtung, bei der wir hier stehen bleiben, hat es bei dem Satze das Bewenden, dass die vom Nichtberechtigten eingeräumte Servitut nicht existirt, also ein darauf bezügliches Geschäft ohne Gegenstand ist [1]).

II. Eine besondere, gerade für unsere Zwecke lehrreiche Bewandtniss hat es mit Superficies und Emphyteuse. Die Auffassung derselben als consolidirter dinglicher Rechte führt ganz von selbst auf die Möglichkeit des kaufweisen Erwerbes. Aber gerade diese Auffassung selbst hat sich erst allmählich befestigt; auch im klassischen Recht ist sie nicht zur Alleinherrschaft gelangt. Im Anschlusse an den Ursprung dieser Verhältnisse innerhalb des magistratischen und beziehungsweise des provincialen Rechtes betrachtete man als Object vielmehr die Sache selbst. Was

1) zunächst die Superficies anlangt, so nimmt die ältere Ansicht eine wenn auch modificirte Miethe des Grundstückes (oder auch Kauf desselben) an [2]). Aber bereits Ulpian ist zu der Auffassung gelangt, dass das Recht, nicht der Boden, das Object ist:

> L. 32 D. h. t. Qui tabernas argentarias vel caeteras quae in solo publico sunt vendit, non solum sed ius vendit, quum istae tabernae publicae sunt, quarum usus [3]) ad privatos pertinet [4]).

1) Vgl. L. 6 §. 5 D. de a. e. v. (19, 1).

2) L. 1 pr. §. 1, 3, L. 2 D. de superfic. (43, 18).

3) Gerade das Wort „usus" war geeignet, die Vorstellung eines „ius" hervorzurufen.

4) Vgl. im Allgemeinen Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 23—41, 109.

2) Auch bezüglich des ager vectigalis und der Emphyteuse wiederholt sich diese Erscheinung. Gaius (III, 145) berichtet von der Controverse: ob Kauf oder Miethe, aber so, dass offenbar für beide Contakte die Sache als Object gedacht ist, und auch Paulus lässt dieselbe Auffassung erkennen[1]). Demgegenüber nimmt auch hier Ulpian ein selbständiges Recht an, als dessen Object er sich die Nutzbarkeit des Grundstücks vorstellt[2]). Allein diese Ansicht ist hier auch später nicht zur vollen Anerkennung gelangt.

Gerade die bekannte Verordnung von Zeno[3]) mit ihrer Bezugnahme auf das Perikulum beruht noch immer auf der Vorstellung, dass die Sache entweder gekauft oder gepachtet sei, und schafft einen dritten Contrakt, statt einfach den Schwerpunkt auf den Erwerb des Rechtes zu legen.

Auch die translative Veräusserung wird bald als Uebertragung des Grundstücks (§. 3 I. cit.) bald als Verkauf des Rechts bezeichnet; und zwar fasst Justinian dieses Recht auf als die Objectivirung der Meliorationen[4]).

Ist also hier die dogmatische Entwicklung innerhalb der Quellen nicht ganz zum Abschlusse gelangt, so kann doch nicht der geringste Zweifel bestehen, dass die mittelalterliche und die heutige Rechtsanschauung die Emphyteuse und die Superficies als selbständige Rechte, gerade wie die Servituten, und daher auch als Objecte des Kaufes betrachtet[5]).

§. 143.

III. Im Gegensatze zu den zuletzt besprochenen Rechten ist der Niesbrauch höchstpersönlich, und daher der Berechtigte zunächst nur zum Vermiethen befugt, wobei es praktisch ziemlich gleichgiltig ist, ob man als Object des Miethvertrags die Sache oder den Niesbrauch auffasst[6]).

1) L. 1, 3 D. si ager vectigalis (6, 3).

2) L. 71 §. 5, 6 D. de leg. I (30); L. 3 §. 4 D. de reb. eor. (27, 9). — Vgl. Wächter, Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I S. 83.

3) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66); vgl. §. 3 I. de locat. (3, 24).

4) L. 3 C. cit.

5) Auch für die Frage, ob Sachen- oder Rechtsbesitz, sind die oben angedeuteten Gesichtspunkte von Bedeutung.

6) Vgl. L. 29 pr. D. quib. modis ususfruct. (7, 4); L. 9 §. 1 D. locat. (19, 2); L. 66 D. de jure dot. (23, 3).

Allein es ergab sich das Bedürfniss der intensiveren Uebertragung an einen Dritten. Mit der Miethe ist kein rechtlicher Schutz nach Aussen verbunden, weder petitorischer noch possessorischer. Gerade aber solchen Schutz mit der Ueberlassung des Niesbrauchs zu verbinden, war in manchen Fällen dringend nothwendig. Der Niesbrauch soll als Pfandobject verwerthet werden[1]; er soll als Executionsmittel dienen[2]; er kann als Gegenstand des Vermächtnisses selbst mit einem Fideicommisse belastet sein[3]; oder der Legatar kann das Bedürfniss haben, das Vermächtniss in eine Geldsumme umzusetzen[4], der Niesbrauch ist Gegenstand dotalrechtlicher Restitution[5]; endlich ist möglich, dass der Eigenthümer denselben ohne Beobachtung der civilrechtlichen Form der Injurecession sich abtreten lässt[6].

Für alle diese Fälle reicht das blose obligatorische Verhältniss nicht aus; es ergibt sich das Problem einer Veräusserung unter Wahrung des höchstpersönlichen Charakters des abzutretenden Rechtes.

Dieses Problem ist, ähnlich wie das der Abtretung der Forderungen, auf indirektem Wege gelöst worden[7].

Nicht blos vermiethet, sondern auch verkauft[8]) wird der Niesbrauch, und der Käufer ist alsdann dinglich geschützt, auch dem Verkäufer selbst gegenüber[9]. Allein

1) diese Veräusserung beruht nicht auf ius civile, sondern

1) L. 11 §. 2 D. de pignor. (20, 1), vgl. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 262.

2) L. 8 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5). RCPO. §. 754.

3) L. 29 §. 2 D. quib. modis ususfr. (7, 4).

4) L. 67 D. de usufr. (7, 1).

5) L. 66 D. de j. d. (23, 3); L. 57 D. soluto mat. (24, 3).

6) L. 29 pr. §. 1 D. quib. modis ususfr. (7, 4).

7) Ein ähnliches Problem ist, und zwar auf dem Boden des Civilrechts, gelöst worden bezüglich der Uebertragung der Vormundschaft; Gai. I §§. 168—170.

8) L. 12 §. 2, L. 38, 40 D. de ususfr. (7, 1); L. 29 pr. §. 1 D. quib. modis (7, 4).

9) Diesem gegenüber jedenfalls durch Einrede, ebenso wie der Pfanderwerber. L. 11 §. 2 D. de pignor. (20, 1). Allein unzweifelhaft ist er ihm gegenüber auch petitorisch geschützt. Vgl. Kohler a. a. O. S. 191.

auf dem Schutze des Prätors; der Käufer hat also die dinglichen Klagen nur als actiones utiles.

Darum wird auch in einigen Stellen als Object dieses Verkaufs nicht das Recht, sondern die perceptio bezeichnet, worunter nicht der concrete Fruchtbezug, sondern die rechtlich geschützte und somit objectivirte Möglichkeit des Bezugs, die nur eben keine civilrechtliche Befugniss ist, gemeint ist. In andern Stellen wird ohne Weiteres das ius selbst als Kaufobject bezeichnet [2].

Es liegt hier ohne Zweifel ein Analogon des bonitarischen Eigenthums vor.

2) Aber weiter. Der höchstpersönliche Charakter des Niesbrauchs bringt es mit sich, dass durch die Veräusserung der Eigenthümer der dienenden Sache in keine schlechtere Lage versetzt werden kann. Nicht nur für den Umfang, sondern auch für den Bestand sind also die Merkmale aus der Person des civilrechtlichen Niesbrauchers fortdauernd wirksam: insoferne hat hier der Satz, dass das Recht beim Niesbraucher verbleibt, noch einen anderen Sinn, als in welchem wir vom nudum ius Quiritium sprechen. Eine Consequenz dieses Satzes ist die, dass durch den Tod des Civilberechtigten die Befugniss auch in der Person des Käufers erlischt.

Umgekehrt kann aber auch der Eigenthümer durch solche Veräusserung in keine bessere Lage kommen, als die ist, in der er sich dem direkt Berechtigten gegenüber befindet. Daher ist der Wegfall des Käufers für den Eigenthümer zunächst gleichgiltig. Dies gilt von des Käufers Tode, das Verhältniss ist auf seiner Seite vererblich [3]. Dies gilt ferner, wie sich sogleich weiter ergeben wird, vom Falle des Zusammentreffens von Eigenthümer und Käufer in einer Person. Anders verhält es sich mit dem Untergang durch non usus, in welcher Beziehung der Käufer als Stellvertreter des Verkäufers erscheint [4].

1) L. 11 §. 2 D. cit.

2) Vgl. einerseits L. 66 D. de j. d. (23, 3), vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat, und L. 57 D. sol. mat. (24, 3); andererseits L. 8 §. 2 D. de periculo (18, 6), L. 11 §. 2 D. de pignor. (20, 1).

3) L. 8 §. 2 D. cit.

4) Gleichwohl ist der Nichtgebrauch des Käufers unerheblich, weil

Dass der Käufer nicht in den civilrechtlichen Formen und mit civilrechtlicher Wirkung das Recht aufgeben kann, versteht sich von selbst.

Die nächste Frage ist die, wie es sich mit dem Verzichte verhält? Solcher Verzicht ist natürlich vor Allem möglich von Seiten des Käufers an den ersten Erwerber, bei dem alsdann Recht und Ausübung wieder zusammentrifft. Derselbe ist aber auch schon nach römischem Rechte möglich von Seiten des Käufers an den Eigenthümer; durch diesen Verzicht wird der Verkauf, also die definitive Aufgabe Seitens des ersten Erwerbers nicht ungeschehen gemacht, und der Klage desselben würde daher fortwährend die Einrede des Eigenthümers entgegenstehen. Der Erstberechtigte aber kann nicht mit Wirksamkeit verzichten. Der Käufer hat nicht blos actio mandata, sondern actio utilis, die ihm nicht mehr entzogen werden kann[1]).

Eine weitere Consequenz dieser Auffassung ist die, dass auch der Eigenthümer selbst den Niesbrauch kaufen kann, ohne dass derselbe dadurch untergeht. Nach civilrechtlicher Auffassung übt der Eigenthümer einen fremden Niesbrauch aus; diesen kann er auch weiter veräussern, dagegen kann er nicht, so lange dieses Verhältniss fortdauert, einen neuen Niesbrauch kraft seines Eigenthums bestellen[2]).

der Verkäufer gerade durch den wenn auch nur einmaligen Empfang des Geldäquivalents ausübt; L. 38, 39 D. de usufr. (7, 1); vgl. hiezu Kohler a. a. O. S. 190. Um so wichtiger war die Frage, ob der Dritte den ursprünglichen Niesbrauch ausübe oder einen davon unabhängigen Gebrauch habe. L. 29 pr. §. 1 D. quib. modis (7, 4).

1) Abweichend für das römische Recht Dernburg Pfandrecht I S. 486, 492. Die Berufung auf §. 3 I. de usufr. (2, 4) ist jedenfalls verfehlt. Fortwirkend sind nur die die Identität des Rechts bestimmenden Merkmale aus der Person des ersten Erwerbers, nicht aber seine Befugnisse.

2) L. 29 pr. §. 1 D. quibus modis ususfr. (7, 4). Wenn daher der Eigenthümer das Grundstück vermiethet, so wird dadurch der Niesbrauch nicht gegen Untergang durch non usus geschützt L. 29 pr. Ebenso wenn der Eigenthümer den Niesbrauch weiter verkauft (in formloser Weise), ohne dass der Käufer dieses Verhältniss kennt (dies letztere ist offenbar in L. 29 §. 1 D. cit. zu ergänzen). — Der Eigenthümer kann natürlich auch aus zweiter Hand kaufen. L. 57 D. soluto matr. (24, 3).

3) Diese prätorische Veräusserung des Niesbrauchs wurde, ganz nach Analogie der Bestellung von Servituten an Provincialgrundstücken, durch Vollzugsstipulationen, welche einerseits die civilrechtliche Form, andererseits die Tradition ersetzten, vollzogen und gestützt. Eine sichere Spur dieser Cautionen ist in der übrigens ziemlich stark zusammengestrichenen L. 57 D. sol. matr. (24, 3) zu finden.

4) Besonders hervorzuheben ist noch Folgendes. Die Objectivirung der Ausübung gegenüber dem civilen Rechte bedarf eines äusseren Ausdruckes; sonst ist es bei der verhältnissmässigen Seltenheit des Geschäfts nicht wohl möglich, die Absicht, die auf blos persönlich wirkendes Gestatten der Ausübung geht und die Absicht der Veräusserung genügend zu unterscheiden; der Ausdruck dieser Objectivirung liegt nun gerade im Verkaufe, und darum ist dieser hier auch als Scheingeschäft, als venditio nummo uno beibehalten worden [1]).

5) Fragen wir endlich noch nach der heutigen praktischen Geltung dieses Verhältnisses, so müssen wir

a) den Fall ausscheiden, wenn der Eigenthümer, sei es direkt vom Berechtigten, sei es aus zweiter Hand kauft. Das Eigenthümliche dieses Falles beruhte auf der Formlosigkeit des Verzichts im Gegensatz zur Injurecession. Jetzt gibt es überhaupt nur eine vollwirksame, d. h. das Recht aufhebende Ablösung.

b) Dagegen haben die andern Fälle ohne Zweifel auch noch für das heutige Recht Bedeutung [2]).

Wir werden dann aber in unserer Sprache das Verhältniss so bezeichnen: Gegenstand des Verkaufs ist der Niesbrauch, aber unbeschadet seiner Eigenschaft als eines höchstpersönlichen Rechts, d. h. so, dass die Merkmale aus der Person des ersten Erwerbers auch jetzt noch fortwirken [3]).

1) Vgl. L. 66 D. de j. d. (23, 3). — Nicht dagegen L. 40 D. de usufr. (7, 1), wo nicht gesagt ist, dass nicht auch die Schenkung in Gestalt der venditio nummo uno erfolgt.

2) Nur dass von der venditio nummo uno keine Rede mehr ist.

3) Darin liegt der Grund, warum der Eigenthümer auch aus zweiter Hand den Niesbrauch nicht erwerben kann, sondern Untergang eintritt. Der Mangel der Form kommt nicht in Betracht; materiell aber kann der Eigenthümer an seiner Sache auch einen Niesbrauch, dessen Merkmale sich nach der Person eines Dritten richten, nicht

Wir haben demnach für das heutige Recht eine vollständige Analogie der Cession.

§. 144.

Etwas Aehnliches wie beim Niesbrauch [1]) kann endlich auch noch bei den (ländlichen) Prädialservituten vorkommen. Es ist hier die bekannte Stelle des Paulus, L. 12 D. de pignor. (20, 1) in Betracht zu ziehen. Ueber den Sinn derselben stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

1) Nach der einen soll dem Gläubiger nur das Recht eingeräumt sein, demnächst eine Servitut gegen Bezahlung zu bestellen; die Anomalie besteht dann darin, dass er selbst diese noch gar nicht existirende Servitut gleichwohl mittlerweile selbst ausübt. Unter dieser Voraussetzung würde die Stelle überhaupt gar nicht hieher gehören, sie bezieht sich alsdann nicht auf das Kaufobject.

Ich kann aber diese Ansicht nicht theilen; gerade die erwähnte Anomalie ist mir völlig unannehmbar, um so mehr, als der Jurist sie offenbar gar nicht empfindet [2]).

2) Die zweite Meinung geht dahin, dass der Gläubiger selbst pfandweise eine Servitut erworben hat, die er zum Zwecke der Befriedigung verkauft. Alsdann steht die Sache so:

haben. Was sollte das für ein Verhältniss sein? Die Merkmale aus der Person der ersten Berechtigten werden ja gerade im Interesse des Eigenthümers aufrecht erhalten. — Die Reichscivilprocessordnung bleibt bei der herkömmlichen Terminologie „Veräusserung in Ansehung der Ausübung“ stehen, §. 754 Abs. 3. Ich glaube, wir könnten dieselbe aufgeben, da sie schon im römischen Rechte nur alternativ vorkommt. Die Abtretung der Tutel ist sachlich auch nur Abtretung der Ausübung; gleichwohl spricht hier sogar das Civilrecht von Abtretung des Rechts.

1) Dass der (bestehende) Usus kein Kaufobject ist, beruht darauf, dass dem Usuar überhaupt jede entgeltliche Verwerthung entzogen ist.

2) Vgl. die treffenden Bemerkungen von Dernburg a. a. O. S. 489; Eisele im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 65 S. 121 fgg. Des letzteren Schriftstellers eigene Interpretation, Verpfändung einer bestehenden Servitut mit der Befugniss, sie an den Eigenthümer des herrschenden Grundstückes (den vicinus) zu remittiren, halte ich für unmöglich, weil man dieses Geschäft schwerlich als vendere bezeichnen könnte; sodann weil Paulus, auch wenn er seinen Lesern vieles zu denken aufgibt, doch nicht mit absichtlicher Nachlässigkeit zu schreiben pflegt.

a) Der Verpfänder räumt dem Gläubiger unter der Voraussetzung, dass derselbe ein praedium vicinum hat, pfandweise eine Servitut ein. Dies kann nicht geschehen durch Mancipation oder Injurecession [1]; das pactum fiduciae ist hier jedenfalls nicht direkt anwendbar, und dass eine modificirte Formel desselben bestanden hätte, wäre erst nachzuweisen. Es bleibt also nur die formlose Bestellung durch Quasitradition; das in der Stelle erwähnte uti ist gerade das Surrogat der civilen Bestellung [2]. Das Pfandobject gelangt vor Verfall der Schuld zum Dasein durch thatsächliche Ausübung mit Erlaubniss des verpfändenden Eigenthümers [3].

b) Wird nun die Schuld bezahlt, so erlischt die Servitut, ohne dass es einer auf die Aufhebung gerichteten Willenserklärung bedarf. Wird nicht bezahlt, so tritt Verkauf ein. Denselben stellt der Jurist als Erlaubniss dar; der Pfandgläubiger soll nicht ohne Weiteres genöthigt sein, die Servitut an Zahlungsstatt zu behalten. Allein diesem Recht steht doch ohne Zweifel, wenn nur die thatsächliche Möglichkeit des Verkaufs vorhanden ist, auch eine mit der actio pigneraticia directa geltend zu machende Pflicht gegenüber. Doch ist dieser Punkt für unsere Zwecke untergeordnet.

Dieser Verkauf ist von dem im vorigen Paragraphen besprochenen Verkauf des Niesbrauchs mehrfach verschieden. Vor Allem ist er nicht Verkauf der blosen Ausübung; im Gegentheil, was bisher bloses Pfandobject war, wird durch den Verkauf zur definitiven Existenz gebracht; derselbe hat daher auch nicht blos prätorische, sondern civilrechtliche Wirkung. Daher bestehen auch für diese Servitut keine Merkmale aus der Person des Pfandgläubigers. Wohl aber verändert die Servitut durch Uebertragung auf ein anderes Grundstück ihren objectiven Bestand. Aus diesem Grunde ist regelmässig nicht einmal ein Vermiethen derselben möglich [4], und deshalb ist die verkaufsweise Uebertragung eine

1) A. A. Dernburg a. a. O. S. 494.

2) L. 20 D. de servit. (8, 1). Richtig Kohler a. a. O. S. 37 fgg.

3) Ob damit auch eine Vollzugsstipulation verbunden ist, kann hier dahingestellt bleiben. — Jedenfalls liegen in der Hauptsache nicht zwei Conventionen vor, wie man wohl irrig angenommen, sondern nur eine einzige: pfandweise Bestellung. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 494.

4) L. 44 D. loc. (19, 2); Puchta, Pand. §. 178 Anm. k; §. 208.

weit stärkere Anomalie als der entsprechende Vorgang beim Niesbrauch. Die Ausgleichung liegt darin, dass solcher Verkauf eben nur unter ganz besonderen Voraussetzungen statthaft ist. Wo aber dieselben bestehen, da hat es vom Standpunkte des heutigen Rechts vollends gar keinen Sinn mehr, von blosem Verkauf der „Ausübung" zu sprechen. Die Servitut selbst ist Object des Geschäftes [1]).

Die Frage aber, warum dieses Verhältniss auf ländliche Servituten beschränkt ist, hat für unsere Zwecke keine entscheidende Bedeutung [2]).

§. 145.

An die Sachen und die dinglichen Nutzungsrechte schliessen sich einige Gruppen von Kaufobjecten unmittelbar an, welche dem römischen Rechte unbekannt sind, nämlich

1) die s. g. Immaterialgüter, Urheber- und Erfinderrechte [3]).

1) Vgl. im Allgemeinen Vangerow §. 307 I. Hölder im Archiv f. civ. Praxis Bd. 63 S. 114 fgg. Kohler a. a. O. S. 265—271. — Die weitere Frage, ob sich die L. 12 D. cit. auch auf die Verpfändung einer dem Gläubiger selbständig zustehenden Servitut bezieht, kann hier auf sich beruhen; im bejahenden Falle würde sich im Wesentlichen die nämliche Construktion ergeben. Jedenfalls kann die Stelle nicht, wie Eisele meint, blos auf diesen Fall beschränkt werden.

2) L. 11 §. 3 D. eod. Nach meiner Ansicht liegt der Grund einfach darin, weil eine Uebertragung vom einen Grundstück auf das andere hier nicht wohl denkbar ist. Wie soll der Pfandgläubiger eine servitus tigni immittendi zuerst für sein Haus ausüben und dann einem Nachbar übertragen; da müsste er zugleich sein eigenes Haus niederreissen oder umbauen. Oder was hat es für einen Sinn, wenn er dem Verpfänder das Höherbauen verbietet und dann das Recht einem andern etwa in entgegengesetzter Richtung wohnenden Nachbarn verkauft? Der Mangel des possessorischen Schutzes ist doch wohl der Grund nicht, es wäre ja petitorischer Schutz möglich (Hölder im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 63 S. 113 fgg). Einen neuen scharfsinnigen aber wie ich glaube unhaltbaren Erklärungsversuch gibt Kohler a. a. O. S. 273—280.

3) Vgl. Reichsgesetz v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken §. 3; Reichsgesetz vom 9. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste §. 2; Reichgesetz vom

Wenn man wohl behauptet, diese Rechte seien nur der Ausübung nach übertragbar [1]), so ist damit lediglich gesagt, dass die für das Recht bestimmenden Merkmale aus der Person des ersten Erwerbers auch in der Person des Käufers fortwirken, d. h. dass der Käufer kein anders bestimmtes Recht hat, als das dem Veräusserer zustand. Dieser richtige Gedanke macht die Unterscheidung von Recht und Ausübung nicht nothwendig [2]), wohl aber erweist sich dieselbe leicht als die Quelle erheblicher Irrthümer [3]).

2) Weiter kommt in Betracht das Recht auf ausschliessliche Führung einer gewerblichen Bezeichnung, d. h. der Firma. Jedoch gilt in Beziehung auf dieses Object etwas Besonderes.

Die Firma ist nämlich insofern ein selbständiges Kaufobject, als das Geschäft, zu dessen Bezeichnung sie gedient hat, auch ohne sie verkauft werden kann; sie ist also keineswegs ein bloses Accessorium des Geschäftes.

Andererseits ist sie aber insoferne kein selbständiges Object, als sie für sich allein und ohne das Geschäft nicht verkauft werden kann [4]).

Das Recht des Markenschutzes ist dagegen kein Kaufobject, da es dem Inhaber der Firma als solchem zusteht; es kann also nur gerade die Rücksicht auf den Markenschutz ein Motiv sein, mit dem Geschäfte auch die Firma zu erwerben [5]).

3) Ferner gehören hieher die deutschen Realrechte

10. Januar 1876, betr. den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung §. 7; Reichsgesetz vom 11. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen §. 3; Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25. Mai 1877 §. 6. — Auch das Verlagsrecht ist verkäuflich; ob dazu die Genehmigung des Autors erforderlich, ist hier gleichgiltig. Vgl. Kohler in Ihering's Jahrbüchern Bd. 18 S. 412 fgg.

1) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht II, S. 907 A. 4.

2) Es genügt vollkommen der Satz: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. Vgl. S. 129.

3) Das römische Recht kennt kein Autorrecht, daher auch nur einen Verkauf des Manuskripts als körperlicher Sache. Vgl. Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 18 S. 462 fgg.

4) D. H.G.B. Art. 22, 23.

5) Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. Novbr. 1874 §. 8.

(im engeren Sinne); Bannrechte, Gewerberechte [1]), soferne sie nicht Pertinenzen eines Grundstückes sind; die Reallasten, diese sowohl in Beziehung auf Begründung als auf Uebertragung [2]); ferner das Bergwerkseigenthum [3]), das Lehenrecht [4]). Alle diese Verhältnisse sind hier nicht weiter zu besprechen.

§. 146.

Gegenstand des Kaufes sind schon im römischen Rechte die Forderungen [5]). Was dieser Kauf an rechtlicher Gestaltung eigenthümliches hat, gehört nicht hieher. Nur Folgendes ist, theilweise im Anschlusse an oben Gesagtes, hier zu bemerken.

Eine Forderung kann gegen Geld auf zweifache Weise erworben werden:

1) als eine bereits bestehende. Dieser Fall, entgeltlicher Erwerb durch Abtretung, steht dem Sachenkauf nahe; gerade als Object der Cession wird die Forderung selbst zum Gute, zur res incorporalis [6]). Der selbständige Schutz dieses Gutes ist zwar kein dinglicher, er besteht aber gleichwohl, insofern der Käufer zum Schuldner in ein unmittelbares, mit Klagbarkeit versehenes Verhältniss tritt (actio utilis) [7]).

1) Vgl. Reichsgewerbeordnung §§. 7—10.

2) Vgl. Stobbe, deutsches Privatrecht (2. Aufl.) II, 258, 262. „Da die Reallastberechtigung wirthschaftlich betrachtet der Nutzniessung eines Gutes vergleichbar ist, konnte man das Recht im Ganzen, in seiner Qualität als Quelle eines dauernden Einkommens, einem Immobile vergleichen. Wegen dieser Bedeutung wandte man im Mittelalter und auch in der neueren Zeit auf Reallasten gleiche Grundsätze wie auf Immobilien an“ Ebendaselbst S. 250.

3) Allgem. Berggesetz für die preuss. Staaten §. 52.

4) Stobbe Bd. II S. 462.

5) Als Kauf der Forderung ist im Zweifel auch der Kauf des „Scheines“ (Chirographum) anzusehen. L. 44 §. 5 D. de leg. I (30).

6) Ein Recht ist kein Gut, sondern hat ein Gut zum Object; es wird selbst zum Gut, sofern es Object für anderweitige Rechte wird. (Recht am Recht).

7) Solange der Cessionar auf actio mandata angewiesen ist, hat er zwar auch eine selbständige Stellung dem Schuldner gegenüber, aber eine solche, die ihm jederzeit wieder entzogen werden kann; erst mit der actio utilis ist die volle Selbständigkeit und daher das ganz normale Kaufobject gewonnen.

Uebrigens war auch beim Forderungskauf ein ähnliches Problem zu lösen, wie wir es vorhin beim Kauf des Niesbrauchs kennen gelernt haben; der Forderungskauf ist nur viel wichtiger, weshalb auch das Problem und seine Lösung hier viel mehr hervortritt[1]). Die Forderung ist untrennbar verknüpft mit ihrem Entstehungsgrund, denn dieser ist massgebend für ihren Inhalt; und insoferne dieser Entstehungsgrund auf keinen Dritten übertragen werden kann, ist auch die Forderung mit der Person des Gläubigers untrennbar verbunden. Die Uebertragung kann also nur unbeschadet dieser höchstpersönlichen Natur erfolgen. Die Römer betrachten daher als Object der Abtretung die Klage, während das den Inhalt derselben bestimmende Recht beim Gläubiger zurückbleibt; wir würden denselben Gedanken ohne Zweifel richtiger dahin formuliren, dass die Forderung selbst abgetreten wird, aber als die auch fernerhin durch ihren Entstehungsgrund rechtlich determinirte, also inhaltlich identische. Doch ist dieser Punkt hier zunächst nicht weiter zu verfolgen.

2) Wesentlich verschieden hievon ist das Verhältniss, wenn gegen Entgelt eine Forderung neu begründet wird. Dieser Vorgang wird nicht etwa als Kauf der Forderung aufgefasst, sonst wäre jeder Vertrag, bei welchem die eine Leistung, sei es als Vor- oder als Gegenleistung, in Geld besteht, also auch die Miethe, der Versicherungsvertrag, das Darlehen u. s. w. ein Kaufcontrakt[2]). Wir würden dann nach einem Kaufobject überhaupt gar nicht mehr zu fragen brauchen. Nicht die Forderung, sondern das Object derselben ist für den Charakter des Geschäfts bestimmend.

Was insbesondere die Rente anlangt, so kann nach römischem Rechte kein Zweifel sein, dass sie kein Kaufobject ist; eine entgeltliche Verpflichtung Renten zu bezahlen, wäre nur als unbenannter Realcontrakt zu construiren. Uebrigens kommt meines Wissens die Rente in den Quellen blos als Gegenstand der Schenkung und des Vermächtnisses vor.

Dagegen will mir scheinen, dass bei der mittelalterlichen unablösbaren Rente das Bezugsrecht selbst objectivirt und

1) Der Mangel der Vererblichkeit beim Niesbrauch beruht auf der Rücksicht gegen den Eigenthümer; dafür gibt es hier keine Analogie.

2) Namentlich ist daher auch der „Einkauf“ in eine Versorgungsanstalt u. s. w. kein Kauf im juristischen Sinne.

rechtlich geschützt ist[1]); ich glaube nicht, dass sich in dieser Beziehung die Analogie des Niesbrauchs abweisen lässt, und kann daher den Rentenkauf nicht als blose verfehlte Construktion betrachten; ich vermag namentlich nicht zu erkennen, inwiefern diese Rente sich von der Reallast unterscheidet. Anders dagegen verhält es sich mit der ablösbaren Rente; dieser fehlt durchaus die rechtlich wirksame Objectivirung, und der auf sie bezügliche Vertrag muss daher als Geschäft besonderer Art anerkannt werden, das dem Darlehen viel näher verwandt ist als dem Kaufe. Vollends die Annahme eines Verkaufs mit Rückkaufsrecht ist in jeder Beziehung unhaltbar. Ebenso unhaltbar freilich die Verwendung des Kaufs zur Construktion der modernen Grundschuld; hier ist auch nicht einmal der Schein eines Kaufobjects vorhanden[2]).

Die Frage, ob die Begebung von Inhaberpapieren als Verkauf aufzufassen ist, kann nicht in der Lehre vom Kaufe, sondern nur in derjenigen von den Inhaberpapieren beantwortet werden. Dass die Weiterveräusserung derselben Verkauf des Papiers als Werthträgers und nicht Cession der Forderung ist, unterliegt wohl keinem Zweifel.

§. 147.

Auch gewisse Vermögensgesammtheiten sind Gegenstand des Kaufes. Dabei denken wir selbstverständlich nicht an die blose Zusammenfassung mehrerer Sachen unter einer Collektivbezeichnung; einem solchem „generellen Kauf" steht offenbar die generelle Verpfändung ganz verwandt zur Seite[3]). Sondern es handelt sich um die Fälle, in welchen die Mehrheit der Objecte irgendwie zu einer rechtlichen Einheit verbunden ist, so dass in der That rechtlich ein Kaufobject existirt. Hieher gehören folgende Fälle:

1) Vgl. Endemann Studien II, S. 127.

2) Vgl. Kohler a. a. O. S. 51, 100 fgg. der, so viel ich sehe, nur die ablösbare Rente im Auge hat, und insoferne völlig im Rechte ist; die Concession von Stobbe a. a. O. II S. 271 A. 2 geht, sofern sie sich auch auf die nicht ablösbare Rente zu erstrecken scheint, zu weit.

3) Wohl zu beachten ist dabei, dass ein solcher bloser Collektivverkauf gleichwohl seine besonderen rechtlichen Eigenthümlichkeiten haben kann, gerade so wie das Legat eines Collektivum.

1) Vor Allem kann nach römischem Rechte unter bestimmten Voraussetzungen das Vermögen eines Lebenden Kaufobject sein, sowohl nach Civil- als nach prätorischem Rechte, dergestalt, dass für den Käufer damit eine Universalsuccession verbunden ist. Dieses Verhältniss besteht nicht mehr, auch nicht im Concurse [1]).

2) Es kann ferner auch eine Erbschaft verkauft werden [2]). Dadurch ergibt sich zwar keine wahre Universalsuccession, aber doch ein derselben analoges Verhältniss, wie sich einfach schon damit beweisen lässt, dass gegen den Käufer die hereditatis petitio zulässig ist [3]). Es muss aber hier genügen, dieses Object als solches zu constatiren; genauer kann erst später davon gesprochen werden.

3) Dagegen sind nach römischem Rechte die übrigen universitates iuris keine selbständigen Kaufobjecte: weder die Dos noch das Pekulium [4]). Und ganz das Nämliche muss vom „Handelsgeschäft" behauptet werden. Das „Handelsgeschäft" als solches ist auch nach Handelsrecht gar kein einheitlich organisirtes Object und steht unter keinem einheitlichen Rechtsschutz; es ist ein Collektivum von Objecten und thatsächlichen Vortheilen. Ein rechtlich anerkanntes und geschütztes Object ist lediglich die Firma (H.G.B. Art. 26, 27). Aber das Geschäft kann auch ohne dieselbe veräussert werden (Art. 22), und deshalb kann man auch nicht sagen, dass die Firma das dem Geschäfte die erforderliche rechtliche Ob-

1) Es gehört hieher die civilrechtliche sectio, die prätorische bonorum venditio. Vgl. Keller-Wach, der römische Civilprocess 6. Aufl. S. 430 fgg. — Die familiae emtio lassen wir hier billig auf sich beruhen.

2) Nicht das Erbrecht. Siehe unten S. 146.

3) Vgl. auch Gai. II §. 35.

4) Letzteres wird oft als Kaufobject erwähnt, namentlich als Accession beim Verkauf der Sklaven. Dafür aber, dass es dabei in anderem Sinne als in dem eines Collektivum in Betracht kommt, fehlen alle Anhaltspunkte. Wodurch sollte auch die rechtliche Objectivirung des Pekulium zur Erscheinung kommen? Eine Universalklage bezüglich desselben gibt es sowenig wie bezüglich der Dos. Vgl. über das Vermächtniss des Pekulium Mandry, Familiengüterrecht Bd. II S. 181 fgg. namentlich S. 187. Die Zusammenstellung von hereditas und peculium in L. 33 pr. D. de aed. ed. (21, 1) bezieht sich lediglich auf die Haftung für die einzelnen Objecte.

jectivität verleihende Element sei. Mit oder ohne Firma veräussert ist das „Handelsgeschäft“ als solches ein bloses Collektivum [1]).

§. 148.

Das römische Recht beschränkt sich nicht auf Kaufobjecte, die dem Gebiete des Vermögens angehören. Der Kauf erstreckt sich auch auf andere Gebiete.

I. Vor allem kennt das römische Recht bekanntlich den Verkauf freier Menschen, welche in väterlicher Gewalt stehen; ebenso den Verkauf der Frau zur Begründung der Manus [2]). Jener Verkauf kam auch noch in geschichtlicher Zeit als ernstlich gemeinter vor (noxae deditio); ob auch der Frauenkauf in geschichtlicher Zeit jemals anders denn dicis causa erfolgte, ist eine Frage, die hier ganz auf sich beruhen bleiben kann.

Diese Kaufobjecte sind bereits aus dem justinianischen Rechte verschwunden [3]).

Dagegen findet sich in der späteren Kaiserzeit ein Verkauf von Kindern, der mit demjenigen des alten ius civile geschichtlich nicht zusammenhängt. Während nämlich im Allgemeinen der Verkauf der Kinder als solcher verboten ist [4]), so gestattet Constantin eine Ausnahme bezüglich der neugeborenen Kinder. Diese werden durch den Verkauf Sklaven, jedoch so, dass das Recht der Auslösung unter Wahrung der Ingenuität jederzeit Jedermann zusteht. Das Verkaufsrecht ist hier auf der einen Seite unabhängig von väterlicher Gewalt, steht also ohne Zweifel auch der Mutter zu; andererseits ist es aber durch ächte Noth bedingt (propter nimiam paupertatem egestatemque) [5]). Im heutigen Recht hat dieses Verhältniss keine Geltung mehr.

1) A. A., wie es scheint, Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. II §. 134. Derselbe lehrt, dass nicht blos Sachen, sondern auch Rechte verkäuflich sind, z. B. Forderungsrechte, Bergwerkseigenthum, ein Patentrecht, ein Zeitungsunternehmen oder sonstiges Geschäft. Inwiefern die beiden zuletzt genannten Objecte Rechte sind, ist nicht zu ersehen.

2) Bd. I S. 162.

3) §. 6 I. de noxal. act. (4, 8).

4) L. 1 C. de patribus qui filios distraxerunt (4, 43).

5) L. 1 C. Th. de his qui sanguinolentos (5, 8); Vat. frag. §. 34;

II. Das römische Recht kennt ferner eine Reihe von Kaufobjecten, die jedenfalls nach unserer Ansicht mehr oder weniger dem öffentlichen Rechte angehören[1]). Dahin gehört

1) die s. g. militia, die auch Gegenstand anderer Privatrechtsgeschäfte, namentlich auch des Vermächtnisses und der Verpfändung ist.

Das Anomale der privatrechtlichen Behandlung wird hier selbst noch im Novellenrecht hervorgehoben[2]).

2) Neben derselben werden in den Quellen gelegentlich auch noch andere Kaufobjecte genannt, die mehr oder weniger

L. 2 C. I. cit. Diese Stellen stehen unter sich nicht ganz im Einklang, auch hat die Verordnung des theodosischen Codex eine andere Inskription (Italis suis) als die Stelle des justinianischen Codex (provincialibus suis), wogegen die Subscription übereinstimmt. Erheblicher als dieser Umstand aber ist es, dass die Verordnung des theod. Codex gar nicht vom Verkaufe Seitens der Eltern, sondern vom Verkaufe neugeborener Kinder überhaupt spricht, ja auch nicht blos an den Verkauf, sondern offenbar auch an die freiwillige Auferziehung derselben (etwa als gefundener Kinder) denkt; ja die vaticanischen Fragmente ergeben das Resultat, dass das Recht der Eltern erst aus diesem viel weitergehenden Verhältnisse abgeleitet worden ist. Eine weitere Untersuchung dieser Punkte ist hier ohne Interesse.

1) Dass das suffragia vendere bei Juvenal X, 77 nicht im juristischen Sinne gemeint ist, versteht sich von selbst. Vgl. ähnliche Ausdrücke in L. 16 C. si certum petatur (4, 2); L. 31 C. de episcop. (1, 3).

2) Vgl. Dernburg Pfandrecht I, 423. Aus Nov. 53 Cap. 5 pr. ergibt sich nur, dass das Pfandverhältniss an der militia bis dahin nicht nach den Grundsätzen des pignus behandelt wurde, sondern als ein besonderes Institut mit alterthümlichen und unverständlichen Benennungen bestand (— scimus in antiquis temporibus in militiis pignus non fuisse, sed nomina quaedam plane antiqua quaeque evanuerunt.) Aus dem Pandektenrecht: L. 49 §. 1 D. de leg. II (31), L. 22 D. eod.; L. 52 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1), aus welcher letzteren Stelle sich ergibt, dass mit dem Verkaufe der militia zwar Cessionen verbunden sein konnten, dass sie selbst aber nichts weniger als eine blose Cession war. — In Beziehung auf die höheren Aemter war der Kauf rechtlich unmöglich. Es war aber auch verboten der Kauf, welcher zur Verdeckung einer Bestechung diente. L. 6 C. ad legem Juliam repetundarum (9, 27). Auch in L. 31 C. de episc. (1, 3) handelt es sich nicht um Kauf, sondern um Bestechung.

dem öffentlichen Rechte angehören, so die tribus [1]), ferner die tessera frumentaria [2]).

Die diesen Verhältnissen zu Grunde liegende Vorstellung, welche das Amt, die Zugehörigkeit zu einer Genossenschaft objectivirt und, soweit damit vermögensrechtliche Bezüge verbunden sind, selbst als (privatrechtliches) Gut behandelt und schützt (vindicare), ist dem Mittelalter noch viel geläufiger geworden. Käufliche Aemter sind daher der Rechtsanschauung dieser Zeit so wenig fremdartig als erbliche Aemter. Dass gerade die kirchlichen Beneficien und consequent auch das Patronatrecht dem Kaufe entzogen waren, beruhte auf besonderen, sittlich religiösen Gründen [3]).

3) Dem heutigen gemeinen Rechte sind alle diese Verhältnisse fremd und entsprechende neue haben sich nicht gebildet [4]).

§. 149.

Nicht ohne wissenschaftliches und praktisches Interesse

1) L. 35 pr. D. de leg. III (32) Patronus liberto statim tribum emi petierat; (vgl. Cuiac. Observ. VII, 14;) decuriam emere, Vat. frag. §. 272.

2) L. 49 §. 1, L. 87 pr. D. de leg. II (31); L. 52 §. 1 D. de iudiciis (5, 1). Vgl. Cuiac. ad l. 32 D. de leg. II. (Opp. post. IV, 1197.) — Vgl. auch Sueton. vita Horatii init.: scriptum quaestorium emere.

3) Richter Kirchenrecht §. 206; Hinschius Kirchenrecht Bd. III S. 81.

4) Der Aemter- oder Stellenkauf hat nur etwa eine partikularrechtliche Bedeutung. — Noch viel weniger sind Würden, Titel, Orden u. s. w. Kaufobjecte im juristischen Sinne. Dieselben werden verliehen auf Grund der Verdienste oder der nachgewiesenen wissenschaftlichen Befähigung des Erwerbenden; die Geldleistung hat nicht den Charakter des Aequivalentes, sondern der Abgabe, Gebühr, (allenfalls auch der Entschädigung für Mühe und Auslagen). An diesem Verhältnisse wird jedenfalls fiktionsweise auch da festgehalten, wo die Verleihung thatsächlich blos gegen die Gebühr erfolgt. Faktisch liegt dann freilich ein Kauf vor, aber juristisch erscheint derselbe gar nicht als selbständiges Rechtsgeschäft, sondern als missbräuchliche Erleichterung der officiellen und ostensiblen Erfordernisse. Juristisch gibt es so wenig einen Verkauf von Doktortiteln u. s. w. als einen Verkauf der Wahlstimme u. s. w. — Ganz die gleiche Erwägung ergibt sich auch für Dispense, Privilegien u s. w.; auch hier ist von einem Kaufobjecte im juristischen Sinne keine Rede; was man „Kauf“ oder „Handel“ nennt, ist lediglich missbräuchliche Verleihung.

ist es, die Frage auch nach ihrer negativen Seite hin zu erörtern. Welche Güter eignen sich grundsätzlich nicht als Kaufobjecte? Selbstverständlich kann es sich dabei nur um die Hervorhebung solcher Dinge handeln, deren Eigenschaft in dieser Beziehung irgendwie zweifelhaft ist.

I. Auszuschliessen sind vor Allem die rein faktischen, rechtlich nicht geschützten Vortheile. Bezüglich ihrer gibt es kein „Haben" im rechtlichen Sinne noch ein Analogon desselben. Wenn man hier im gewöhnlichen Leben etwa von „Kaufen" spricht, so liegt rechtlich betrachtet lediglich eine gegen Entgelt übernommene Verpflichtung zum Thun, Unterlassen, Dulden vor, also eine Dienstmiethe oder ein Analogon derselben [1]). Daraus folgt beispielsweise:

1) Es gibt keinen Verkauf der Kundschaft [2]), vielmehr kann Jemand nur die Verpflichtung übernehmen, seinerseits nichts zu thun, wodurch die Kundschaft abgezogen wird. Diese Verpflichtung kann auch mit dem Verkaufe des „Geschäfts" verbunden sein [3]).

2) Ebenso gibt es nicht den Verkauf eines „Geheimnisses", sofern darunter nicht der Verkauf eines anderweitigen, in concreto geheim gehaltenen Kaufobjectes [4]) zu verstehen ist. Abgesehen von diesem Falle ist der s. g. Verkauf nichts anderes

1) Die locatio conductio operarum setzt als Inhalt eine positive Thätigkeit voraus; entgeltliches Dulden oder Unterlassen kann also blos als Analogon aufgefasst werden; nach römischem Rechte wäre ein unbenannter Contrakt nach dem Schema: do ut (ne) facias anzunehmen.

2) Soferne nicht etwa ein anderer Ausdruck für den Verkauf eines Bannrechts, Monopols, Patents vorliegt. Wieder etwas anderes ist die selbständige oder als dictum promissum mit dem Geschäftsverkauf verbundene Garantie für einen gewissen Umfang der Kundschaft.

3) So gibt es auch juristisch nicht den „Verkauf einer Zeitung" (A. A. Dernburg a. a. O.) Das ist einerseits Verkauf des Inbegriffs der zum Zeitungsbetrieb gebrauchten Sachen (wie beim Geschäfte), ferner Verkauf der allenfallsigen Verlagsrechte, die für den Zeitungsbetrieb erworben sind, und die Uebernahme der persönlichen Verpflichtung, keine Zeitung gleichen oder zum Verwechseln ähnlichen Namens zu führen. Nicht einmal vom Verkauf der Firma kann hier die Rede sein.

4) Z. B. geheime Papiere. Hier liegt ein Sachenkauf vor, das „Geheime" ist lediglich Eigenschaft, die nach allgemeinen Grundsätzen unter Umständen rechtlich erheblich werden kann.

als die persönliche Verpflichtung der Mittheilung (Dienstleistung) und zugleich (regelmässig) der ferneren Geheimhaltung Anderen gegenüber (Unterlassung). — Gerade so wäre der Verkauf einer Wahlstimme, der Verkauf des Votums von Seiten des Richters u. s. w. nichts anderes als die — wegen Unsittlichkeit nichtige — Verpflichtung zu einer Dienstleistung, resp. Unterlassung (Bestechung).

II. Es gibt ferner auch keinen Kauf und Verkauf eines Raumes als solchen. Daher ist der Kauf eines Platzes in der Kirche entweder einfache Miethe oder Erwerb einer superficies.

III. Auch Affekte sind keine Kaufobjecte, weder Hoffnung noch Furcht, sondern auch hier liegt lediglich eine Verpflichtung zu persönlicher Leistung, bezw. Entschädigung vor. So ist namentlich die heutzutage hie und da zum Vorschein kommende Ansicht, dass der Versicherungsvertrag eine Art des Kaufvertrages sei — Kauf beziehungsweise Verkauf der Gefahr, ganz und gar unrömisch. Das Curiosum, dass der „Verkäufer" der Gefahr dem „Käufer" zugleich auch den Kaufpreis bezahlen müsste, scheint nicht auf Jedermann abschreckend zu wirken [1]).

Diese Behauptung scheint nun aber insofern mit den Quellen im Widerspruche zu stehen, als dieselben ja doch die emtio spei kennen. (Vgl. oben S. 76) [2]).

§. 150.

Betrachten wir aber diesen „Hoffnungskauf" [3]) genauer, so ergibt sich, dass auch hier immer ein Object, das normaler Weise Gegenstand des Kaufes sein kann, im Hintergrunde steht, und in Wahrheit wird dieses gekauft [4]), Fische,

1) Wollte man dieses Curiosum vermeiden, so müsste man wenigstens „die Beruhigung" als Kaufobject bezeichnen. Kann man aber „Beruhigung" kaufen, so muss man auch Lachen und Weinen, Aufregung und Leidenschaft kaufen können.

2) Gar nicht hieher gehört die emtio rei speratae; ohnedem ein sehr überflüssiger Begriff.

3) Die Quellen sprechen zuweilen vorsichtig von quasi spes L. 8 §. 1 D. h. t.; L. 11 D. de h. vel a. v. (18, 4).

4) Insofern ist die Gegenüberstellung in L. 8 D. h. t. (Pomponius) nicht zutreffend, jedenfalls übertrieben. Der Gegensatz von res und alea findet sich übrigens auch in L. 7 D. de h. vel a. v. (18, 4).

Vögel, wilde Thiere, ausgeworfene Sachen. Das Besondere ist dies, dass die Sache erst vom Verkäufer gewonnen werden muss und dass der Käufer, auch wenn die darauf gerichtete Thätigkeit erfolglos ist, gleichwohl den Kaufpreis zu bezahlen hat. Die emtio spei ist also nichts anderes als eine eigenthümliche Art des Kaufs einer res futura oder, wie man auch sagen kann, die emtio spei ist ein bezüglich der Gewinnung der Sache bedingter Kauf, wobei der Käufer die Gefahr der Vereitelung der Bedingung übernimmt [1]). Der Hoffnungskauf ist also kein Kauf mit einem eigenthümlichen Object, sondern ein eigenthümlich qualificirter Sachenkauf; und nichts wäre verkehrter, als überall, wo der eine Theil für eine in ihrem Erfolge ungewisse Gegenleistung eine gewisse Leistung übernimmt, deshalb einen Hoffnungskauf zu construiren; sonst müsste man z. B. auch den Vertrag mit einem Geschäftsvermittler, mit einem Heirathsbureau unter diesem Gesichtspunkt auffassen; auch der Versicherungsvertrag würde vom Standpunkt des Assecurateurs als emtio spei erscheinen, nämlich als Kauf der Hoffnung, keine Entschädigung leisten zu müssen.

In den quellenmässigen Beispielen handelt es sich zunächst um eine Thätigkeit des Verkäufers zum Zwecke der Gewinnung, welche er auf Grund des Vertrages vorzunehmen verpflichtet ist [2]). Man könnte daher auch sagen, die s. g. emtio spei sei materiell eine alternative Complication von Dienstmiethe und Kauf, nur dass die Gegenleistung für beide Eventualitäten die identische ist: dafür, dass der Fischer sein Netz auswirft bezahle ich zehn; und für die Fische die er fängt, bezahle ich die nämlichen zehn. Es ist also ein Geschäft mit beiderseitigem Risico.

Nun kann aber das Geschäft auch in der Weise vorkommen, dass vielmehr dem Käufer nur Gelegenheit zu geben ist, durch seine Thätigkeit die Sache zu erwerben.

Alsdann liegt regelmässig ein Miethvertrag bezüglich der Sache vor, die als Mittel der Gewinnung erscheint. Die Miethe (Pacht) aber ist der emtio spei insoferne verwandt,

1) Auch sonst kann der Käufer die Gefahr während der Schwebe der Bedingung übernehmen. L. 10 pr. D. de periculo (18, 6).

2) L. 12 D. de a. h. v. (19, 1).

3) Das Weitere kann erst im folgenden Kapitel besprochen werden.

als der Miethpreis regelmässig auch ganz ohne Rücksicht auf das Resultat der Benutzung bezahlt werden muss. (Vgl. Kap. 4 Abschnitt 1).

Möglich ist auch die emtio spei im Sinne einer conditio in praesens collata; in dieser Anwendung kommt sie beim Erbschaftskaufe vor. Das ist eine Ausdehnung: die vermittelnde Thätigkeit des Verkäufers fällt hier weg und das Gewagte hat daher einen andern Charakter; aber Object des Kaufes ist auch hier nicht die Hoffnung, sondern die Erbschaft [1]).

In keinem Falle also ist die emtio spei Kauf eines Gemüthsaffekts, sondern ein in Beziehung auf die Gefahr der Nichtexistenz eigenthümlich modificirter Kauf eines Objects, das auch sonst gekauft werden kann.

Ein lehrreiches, wenn auch wenig beachtetes Analogon der emtio spei ist die emtio fugae, d. h. der Kauf eines auf der Flucht begriffenen Sklaven in der Weise, dass der Käufer die Gefahr des Einfangens übernimmt; Niemand wird auf den Gedanken kommen, dass die „Flucht“ als solche Kaufobject ist. Uebrigens war dieses Geschäft auf Grund der lex Favia und eines sich daran anschliessenden Senatusconsults nichtig [2]).

§. 151.

IV. Eine besondere Frage ist endlich noch die, ob auch das entgeltliche Aufgeben von dinglichen Rechten zu Gunsten des Eigenthümers als Kauf erscheint; im bejahenden Falle sind die dinglichen Rechte selbst nach einer zweifachen Seite hin Kaufobjecte, nach der Seite ihrer Entstehung (und bezw. Uebertragung) und nach der Seite ihrer Beendigung [3]).

1) L. 7, 8, 10, 11 D. de h. vel act. vend. (18, 4). Das Besondere ist also hier das, dass im Fall der Nichtexistenz gar kein Aequivalent gegenüber dem Preise vorliegt, und es kann sich daher nur fragen, ob ein solches Geschäft mit der Zweiseitigkeit des Kaufes in Einklang zu bringen ist. Diese im fünften Kapitel zu erörternde Frage wird dadurch, dass man als Object die alea bezeichnet, offenbar nicht gelöst, sondern nur verdeckt.

2) L. 2 D. de lege Favia (48, 15); L. 6 C. eod. (9, 20). Nicht unter das Gesetz fällt der Verkauf eines flüchtigen Sklaven unter der Bedingung des Einfangens L. 35 §. 3 D. h. t.

3) Ausgeschlossen bleibt dabei auch nach dieser zweiten Seite hin das Pfandrecht. S. oben S. 76. Dass das entgeltliche Aufgeben

Gegen die Bejahung kann zunächst der Umstand Bedenken erregen, dass es im älteren Rechte an einer entsprechenden Form fehlte; eine Remancipation (bei den ländlichen Servituten) ist weder beglaubigt, noch aus innern Gründen wahrscheinlich [1]).

Noch entscheidender aber ist der dogmatische Gesichtspunkt, dass hier in Wirklichkeit gar kein Erwerb eines irgend wie rechtlich selbständigen Gutes vorliegt; weder wird die Servitut auch nur einen Moment lang erworben, noch ist die durch den Untergang derselben eintretende „Freiheit der Sache" ein selbständiges Gut; sie ist eine wiederauflebende Qualität der Sache. Die Leistung des bisher Berechtigten stellt sich also dar als entgeltlicher Verzicht auf ein Recht, der auf Seiten des Eigenthümers das Wiederaufleben des normalen Zustandes der Sache zur Folge hat [2]).

So bezeichnet denn auch der gewöhnliche Sprachgebrauch diesen Vorgang nicht als „Kauf" sondern als „Ablösung" [3]). —

persönlicher Rechte kein Verkauf ist, bedarf keiner Ausführung. Im bildlichen Sinne, zugleich mit verächtlicher Nebenbedeutung ist von manus iniectionem vendere in L. 7 D. qui sine manum. (40, 8) die Rede.

1) Jedenfalls ist die Formel der Negatoria in Verbindung mit der Kaufformel (Nego tibi ius esse invito me in fundo meo eundi agendi idque mihi emtum esto etc.) gar nicht denkbar; man müsste sich also die Formel vielmehr prohibitorisch denken: Aio mihi ius esse te prohibendi quominus — idque ius — u. s. w. Dagegen spricht aber, dass die s. g. actio prohibitoria gerade in Beziehung auf ländliche Servituten nicht nachzuweisen ist.

2) Allerdings ist noch eine andere Auffassung möglich, nämlich die, dass das Aufgeben der Servitut sich als Bestellung einer Gegenservitut am bisher dienenden Grundstück gestaltet. Von diesem Standpunkte aus würde dann freilich auch ein Kaufobject vorliegen. Es kann nicht geläugnet werden, dass sich in den Quellen bezüglich der städtischen Servituten Anklänge an diese Theorie finden, obschon ich nicht glaube, dass das Institut der usucapio libertatis damit in Zusammenhang gebracht werden kann. Jedenfalls ist diese Ansicht nicht zur consequenten Durchführung gelangt, und uns ist sie völlig fremd. Die weitere Untersuchung über diese Frage ist für die Lehre von den Servituten wichtiger als für die vom Kaufe. Vgl. Kohler a. a. O S. 273—280.

3) Die entgegengesetzte Ansicht hat in neuester Zeit Eisele im Archiv für die civ. Praxis a. a. O. S. 114 ff. aufgestellt, aber ohne auf die Merkmale des Kaufobjects grundsätzlich einzugehen. Auch Wind-

Auch einen Verkauf des Erbrechts gibt es nicht, denn wenn auch nichts im Wege steht, dass der Delat gegen vertragsmässig zugesicherte Gegenleistung ausschlägt oder abstinirt, so erwirbt dadurch der Andere gar nichts; es fällt nur, wenn das Geschäft überhaupt für ihn eine direkte Bedeutung hat, das Hinderniss hinweg, welches seiner eigenen Berechtigung im Wege stand[1]).

Nur ist es nicht ganz zweifellos, wie in dieser Beziehung die alte Injurecession der hereditas vor dem Antritte aufzufassen ist; denn dass auch dieser Act gegen Entgelt erfolgen konnte, ist wohl sicher. Indessen wird doch auch hier Verzicht mittelst der unterlassenen Contravindication anzunehmen sein; daraufhin tritt der Cessionar als Erbe kraft des von ihm behaupteten und processualisch anerkannten eigenen Rechtes auf; es liegt daher weder ein translativer noch ein constitutiver Rechtserwerb vor[2]).

Zweiter Abschnitt.

Der Kaufpreis.

§. 152.

Im Gegensatze zu der grossen Mannigfaltigkeit der Kaufgegenstände ist das Object der Gegenleistung ein für allemal rechtlich bestimmt; der Preis besteht nothwendig in Geld. Dabei ist in Beziehung auf das Währungsverhältniss von vorneherein hervorzuheben, dass die Bestimmung des Kaufpreises in jeder, auch ausländischen oder der Geschichte angehörenden Währung zulässig ist, insoferne dieselbe nur eine Reduktion in

scheid §. 385 A. 4 gibt keine Begründung; kann aber nach ihm sogar die Befreiung von einer persönlichen Last Kauf sein, so wird die Consequenz, welche auch jede Zahlung als Kauf der Befreiung auffasst, schwer abzuweisen sein. — Wie im Texte Sintenis II §. 116 Anm. 16. Gegen die hier vertretene Ansicht spricht nicht L. 57 D. sol. mat. (24, 3), da hier die Servitut selbst gar nicht untergeht (oben S. 128).

1) Vgl. auch L. 5 §. 5 D. de iure dot. (23, 3).

2) Die Darstellung von Gaius II, 35 schliesst die Annahme eines Kaufobjectes völlig aus.

die gesetzliche Währung zulässt[1]), wogegen die Leistung des Preises nur in der letzteren erfolgen kann[2]). Bezahlung desselben mit fremden Münzen ist entweder Hingabe an Zahlungsstatt oder Tausch[3]).

Demnach ist die Lehre vom Preise, so weit sie hier in Betracht kommt, sehr einfach. Hervorzuheben ist nur Folgendes:

I. Gerade durch das Erforderniss des Preises unterscheidet sich der Kauf von dem ihm sonst nächstverwandten Tausch. Für das justinianische Recht ist darüber kein Zweifel[4]). Was aber die bekannte Controverse der Proculianer und Sabinianer anlangt, so ist ihre geschichtliche Bedeutung bereits im ersten Bande S. 4 §. 2 dargelegt worden, worauf hier einfach verwiesen werden kann[5]).

II. Aus der Nothwendigkeit der Geldleistung folgt nicht, dass die Gegenleistung ausschliesslich und vollständig in Geld bestehen muss; neben der Geldleistung können auch andere

1) Und vorbehaltlich der Bestimmungen des Reichs-Münzgesetzes Art. 14 §. 4.

2) Allerdings wird der Kaufpreis nicht nothwendig „gezahlt" im juristischen Sinne; beim unmittelbaren Austausch ist das Geben des Geldes, sowenig wie das der Sache, die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der Preis erscheint hier als Tauschmittel. Aber ganz abgesehen von dem überaus unnatürlichen Resultate, welches sich ergeben würde, wenn man hier zwischen Zahlen und Tauschen unterscheiden wollte, so ist eben auch Tauschmittel beim Kaufe nur das Geld in seinem specifischen Sinne, d. h. das Währungsgeld. Auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch „zahlt" man den Preis nicht nur dann, wenn man ihn zuvor „schuldig" geworden ist, sondern auch wenn man unmittelbar austauscht.

3) Vgl. §. 2 I. h. t. pecunia numerata. In jeder Beziehung falsch ist daher die Ansicht von Sintenis §. 116 A. 36, dass der Preis auch in ungemünztem Metalle, also gewichtweise bestimmt werden kann. In ungemünztem Metalle kann der Preis weder bestimmt noch direkt geleistet werden, es müsste denn die gesetzliche oder übliche Währung gerade in ungemünztem Gelde bestehen. (Huschke im Archiv für die civ. Praxis Bd. 65 S. 235 ff.)

4) pr. §. 2. I. de emt. (3, 23); L. 1 §. 1, L. 72 D. h. t.; L. 1 pr. D. de rer. perm. (19, 4); L. 7 C. eod. (4, 64). Weiteres über das Verhältniss von Kauf und Tausch siehe im folgenden Kapitel.

5) Vgl. noch aus älterer Zeit die überaus naive Ansicht von Glück Bd. 16 S. 4.

sachliche oder persönliche Leistungen vorkommen. Davon ist erst bei der Bestimmung der Gegenleistung weiter zu sprechen. Hier ist nur zu bemerken, dass zur Wahrung des kaufmässigen Charakters diese Leistungen sich als Nebenleistungen darstellen müssen. Im entgegengesetzten Falle, wo also die Geldleistung etwa nur dazu dient, das Werthverhältniss zwischen den beiden Naturalleistungen auszugleichen, (man spricht hier im gewöhnlichen Leben wohl vom „Daraufzahlen") ist kein Kauf vorhanden. Ist aber das Werthverhältniss beider Leistungsobjecte, des Geldes und der anderweitigen Leistung gleich, so besteht nur die Wahl, entweder das Geschäft gleichwohl als einheitliches aufzufassen, oder aber ein aus Kauf und Tausch combinirtes Geschäft, nach Analogie des negotium mixtum cum donatione, anzunehmen. Diese letztere Construktion würde hier — im Gegensatze zum ebenerwähnten Falle — der empirischen Absicht schwerlich entsprechen; es besteht dafür aber auch kein praktisches Bedürfniss, und zwar schon nach römischem Rechte nicht; denn die Zusage der andern Leistung würde ja doch immer als pactum adiectum des Kaufvertrages erscheinen und damit von der Klagbarkeit desselben ergriffen werden. Um so weniger besteht für das heutige Recht eine Veranlassung, das Geschäft anders denn als Kauf zu behandeln[1]).

§. 153.

Von den drei Erfordernissen, welche man gewissermassen sprichwörtlich vom Kaufpreis aussagt — pretium verum, certum, iustum, gehören die beiden ersten nicht in diesen Zusammenhang, denn sie beziehen sich nur auf die subjective Seite, die Bestimmung des Kaufpreises. Dagegen ist mit dem dritten Prädikate ein Erforderniss der objectiven Beschaffenheit, des Werthverhältnisses zwischen dem Kaufobject und dem Preise ausgesprochen.

Dass nun dieses Erforderniss im Allgemeinen in den Quel-

1) Auf die Bezeichnung, die die Parteien dem Geschäfte geben, kann kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Dieselbe kann hier wie bei verwandten Fragen, die später auftauchen werden, nur die Bedeutung eines Interpretationsmittels haben. Ob Windscheid §. 385 a. E. etwas anderes sagen will, muss ich dahin gestellt sein lassen.

len des römischen Rechtes nicht begründet ist, steht heutzutage zweifellos fest [1]); nicht minder unzweifelhaft ist, dass unser heutiges gemeines Recht in dieser Beziehung durchaus auf dem Boden der Quellen steht. Deshalb ist für uns keine Veranlassung, die mittelalterliche Theorie und Praxis bezüglich der iustitia pretii hier weiter zu verfolgen [2]).

Indessen ist doch zu bemerken, dass die Gerechtigkeit des Preises auch im römischen Rechte immerhin eine gewisse Berücksichtigung gefunden hat. Zuerst ist dies

1) geschehen im Edikte der Aedilen; soferne das Missverhältniss durch Mängel, die dem Käufer unbekannt geblieben sind, verursacht wird, ist hier Abhilfe gewährt.

2) Auch das Civilrecht gestattet dem Richter, unter Umständen Reduktion des Kaufpreises eintreten zu lassen [3]), und gewährt selbst einen klagbaren Anspruch wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache und wegen partieller Eviktion.

3) Die weitestgehende Berücksichtigung der iustitia pretii tritt aber in dem Rechte der laesio enormis hervor; und zwar geht diese Berücksichtigung deswegen am weitesten, weil sie von besonderen Voraussetzungen, durch welche das Missverhältniss erzeugt wird, ganz unabhängig ist [4]). Nicht einmal der Irrthum ist, wenn man beim Wortlaute des Gesetzes stehen bleibt, verlangt.

Dagegen ist eine subjective Beschränkung vorhanden, vermöge deren diese Vorschrift den oben erwähnten correspondirt. Die letzteren schützen ausschliesslich den Käufer, unsere Vorschrift ebenso ausschliesslich den Verkäufer; den inneren Zusammenhang, der hier besteht, und den die mittelalterliche Entwickelung zerstört hat, habe ich schon oben S. 110 darzulegen versucht.

Das Gemeinsame aller dieser Bestimmungen ist, dass

1) Vgl. Bd. I S. 212 fgg., 646. Chambon, Beiträge S. 130 fgg. Aus den Quellen L. 16 § 4 D. de min. (4, 4); L. 22 §. 3, L. 23 D. loc. (19, 2); L. 4, 5, 6, 7, 8, 15 C. de rescind. vend. (4, 44); dazu L. 1, 7 C. Th. de contr. emt. (3, 1).

2) Vgl. Endemann, Studien Bd. I S. 352 fgg.

3) Vgl. L. 16 §. 1, L. 17, L. 18 pr. D. h. t. (Kauf der Sache von Seiten des Niesbrauchers, der sein Recht nicht kennt; Kauf der gemeinschaftlichen Sache vom Miteigenthümer, der sein Miteigenthum nicht kennt.)

4) L. 2, 8 C. de rescind. vend. (4, 44).

die Ungerechtigkeit des Preises gleichwohl nicht die rechtliche Existenz des Geschäfts ausschliesst. Ueberall ist nur auf indirektem Wege geholfen. Daher ist die iustitia pretii in keiner Beziehung ein wesentliches Erforderniss; der Mangel derselben ist vielmehr nur die Grundlage von Anfechtung; und es gehört daher das Weitere in späteren Zusammenhang. —

Wohl aber gibt es einen Punkt, wo iustitia pretii und veritas pretii sich berühren. Der Preis ist nach der empirischen Absicht das Aequivalent der Sachleistung. Wo daher diese Absicht fehlt, liegt kein Kauf vor, sollte auch im Uebrigen eine Geldleistung festgesetzt sein. Diese Bemerkung bezieht sich nicht nur auf die Fälle, wo ein wenn auch angemessener Preis nur scheinbar, d. h. ohne die Absicht der wirklichen Leistung festgesetzt wird [1]; sondern es ist dabei auch an die Fälle zu denken, wo das bedungene pretium zwar wirklich gegeben wird, gleichwohl aber kein Kauf oder doch kein einfacher Kauf vorliegt. In letzterer Beziehung ist an das negotium mixtum cum donatione zu erinnern, insofern dabei der Preis zwar als Aequivalent, aber nicht als Aequivalent des vollen Werthes der Sache beabsichtigt, sondern ein Theil dieses Werthes in der Absicht der Schenkung ohne Entgelt hingegeben wird. Dieses Verhältniss ist hier nicht weiter zu besprechen. Dagegen interessirt uns näher der Fall, wenn der Geldpreis absichtlich so niedrig gestellt ist, dass er auch nicht einmal als theilweises Aequivalent der Sache erscheint; der Theil des Sachwerthes, der dadurch gedeckt würde, ist selbst im Verhältnisse zum Ganzen so geringfügig, dass die ernstliche Absicht, denselben entgeltlich zu erwerben, geradezu als ausgeschlossen erscheint.

Einen solchen Kauf nennen wir einen Scheinkauf, und zwar liegt — im Gegensatze zum oben besprochenen Fall — das Scheinbare hier schon in dem für Jedermann erkennbaren Betrage des Pretium, nicht in dem „geheimen Artikel", dass der bedungene Preis nicht bezahlt werden soll.

1) L. 36 D. h. t. An diese Fälle denkt man wohl vorzugsweise, wenn man das Erforderniss des pretium verum aufstellt; es hat aber hier eigentlich gar keine besondere Bedeutung, es könnte ebensogut auch vom Kaufobjecte ausgesagt werden.

Dieser Scheinkauf [1]) kann in zweifacher Weise vorkommen:

I. Als Institution des objectiven Rechtes. In dieser Anwendung hatte er im älteren und noch im klassischen römischen Rechte bekanntlich eine hervorragende Bedeutung; eine vereinzelte Spur davon hat sich merkwürdiger Weise noch in L. 66 D. de j. dot. (23, 3) erhalten. Der Grund, warum hier ein formloser Scheinkauf erfordert wurde, war, wie ich schon oben (S. 129) angeführt habe, ohne Zweifel der, dass die Veräusserungsabsicht bei diesem seltenen Geschäfte in greifbarer Weise zur Erscheinung kommen sollte; von einer Anwendung im heutigen Rechte ist natürlich keine Rede mehr.

II. Es kann der Kauf um einen Minimalpreis auch als individuelles Geschäft vorkommen. Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation desselben wird namentlich durch die L. 46 D. loc. (19, 2) angeregt, wo Ulpian sagt:

> Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit [2]).

Sieht man näher zu, so ergeben sich die folgenden Sätze:

1) Dass die venditio nummo uno schlechthin nichtig ist, lässt sich schon deshalb nicht behaupten, weil ja unter Umständen der nummus unus, der Pfennig, sogar das iustum pretium darstellen kann. Der Gegensatz zwischen nummus unus und verum pretium, wie er in L. 10 §. 2 D. cit. gemacht wird, ist daher nicht ohne Weiteres richtig. Aber

2) die Giltigkeit des Geschäfts kann auch dann nicht be-

1) In welchem Sinne hier von einem Scheinkaufe gesprochen wird, ist im ersten Bande S. 213 fgg. ausführlich besprochen. Es handelt sich dabei um den Gegensatz zwischen den juristischen Erfordernissen und den ökonomischen bezw. ethischen Anschauungen. Man kann sagen, in der Unverhältnissmässigkeit des Preises kommt der Mangel der Ernstlichkeit zum Ausdruck, das pretium non iustum ist das Erkennungszeichen des pretium non verum. Soweit dieser Scheinkauf eine Institution des objectiven Rechtes ist, wird der Mangel der empirischen Absicht ignorirt; das ist das Eigenthümliche aller objectiven Scheingeschäfte. — Ein Widerspruch in der Darstellung, wie ihn Brinz S. 707 A. 31 anzunehmen scheint, liegt nicht vor.

2) Vgl. auch L. 10 §. 2 D. de a. vel a. poss. (41, 2).

anstandet werden, wenn zwar das Missverhältniss zwischen Preis und Werth besteht, gleichwohl aber jener als Aequivalent ernstlich gemeint ist. Es wäre sonst auch gar nicht abzusehen, wo die Gränze ist: sollte gerade nur der Verkauf um den kleinsten Preis, der nach dem Münzsystem überhaupt möglich ist, unstatthaft sein, so wäre das ein reiner Formalismus; legen wir aber das Missverhältniss als solches zu Grunde, so ist doch nicht einzusehen, warum der Kauf um einen Pfennig rechtlich gar kein Kauf, der um zwei Pfennige dagegen giltig, und nur etwa anfechtbar sein soll. In der That ist hier der nummus unus durchaus ein verum pretium, ein ernstlich gemeintes Aequivalent.

3) Es bleibt also noch der dritte Fall übrig, dass die Absicht der Schenkung vorliegt. Dann ist formell ein negotium mixtum cum donatione vorhanden und es ist auch hier nicht einzusehen, warum gerade der Verkauf um den nummus unus anders behandelt werden sollte als der Kauf um zwei, drei nummi; in jedem Falle liegt ein vilius pretium vor, welches donationis causa in dieser Weise bestimmt ist [1]).

Ich glaube auch jetzt noch, dass sich die Erklärung aus der typischen Bedeutung ergibt, welche der nummus unus bei den Römern hatte. Er war das Kennzeichen des objectiven Scheingeschäftes; es lag also durchaus nahe, unter den angedeuteten besonderen Umständen ihn auch als Ausdruck des subjectiven Scheingeschäfts zu gebrauchen. Darum ist das negotium mixtum, wenn das Aequivalent blos einen nummus beträgt, ohne Weiteres als Kauf nichtig, und ebenso steht die venditio nummo uno der Giltigkeit eines anderen Geschäftes, welches durch einen wahren Kauf ausgeschlossen würde, nicht entgegen [2]).

Diese typische Bedeutung des nummus unus ist uns völlig abhanden gekommen, und deshalb hat auch die Entscheidung, so wie sie vorliegt, keine Bedeutung mehr für uns. Andererseits ist aber doch der zu Grunde liegende Gedanke noch immer richtig: ein Aequivalent, das gar nicht als solches beabsichtigt ist, ist kein Kaufpreis. Die Geldleistung bezweckt alsdann vielmehr die Umgehung anderweitiger Bestimmungen; es liegt daher eine nuda et imaginaria venditio vor, quae pro non

1) L. 38 D. h. t.
2) L. 10 D. cit.

facta est, et ideo nec alienatio eius rei intelligitur[1]). Nur ist dann die Gränze zwischen dem ernstlichen und dem Scheinpreise im einzelnen Falle nach den Umständen zu bestimmen.

Davon wären also insbesondere die folgenden Anwendungen zu machen:

1) Ein solcher Scheinpreis kann bei vorhandener Schenkungsabsicht die Insinuationssumme nicht vermindern. Oder will Jemand behaupten, dass wenn der Beschenkte etwa eine Mark zahlt, dadurch insoweit ein wirklicher Kauf geschlossen ist?

2) Auf Grund solchen Scheinpreises geht kein Eigenthum über, auch nicht theilweise; folglich sind auch die Verträge, welche der Verkäufer fernerhin über die Sache als über eine angebliche fremde eingeht, Verträge über seine Sache und daher nichtig. Wer sein Haus um eine Mark verkauft unter dem Vorbehalte des Rückkaufs um den nämlichen Preis, der hat weder sein Haus noch irgend welchen Theil desselben verkauft; er hat sich mit dem Gelde lediglich den Schein des Verkaufes und damit gewisse thatsächliche Vortheile verschafft.

Es hat sich uns also Folgendes ergeben. Das blose objective Missverhältniss zwischen Preis und Sachwerth ist niemals, auch nicht beim Kaufe um den Minimalpreis, ein Grund der Nichtigkeit. Wohl aber kann die Geringfügigkeit des Preises (nicht gerade der Minimalpreis) im Verhältnisse zum Werthe der Sache den Mangel der ernstlichen Absicht erkennen lassen. Alsdann ist es dieser subjective Mangel, der die Giltigkeit des Geschäftes ausschliesst. Das pretium non iustum ist der Ausdruck des pretium non verum.

§. 154.

Ist das Geld das specifische Object der Leistung des Käufers, so ergibt sich die weitere Frage, ob es auch Object der Leistung des Verkäufers sein kann. Wir stehen vor der bekannten, übrigens mehr theoretisch als praktisch wichtigen Controverse, ob Geld auch Kaufobject sein kann. Dass diese Frage weder für ungemünztes Geld noch für Münzen,

1) L. 55 D. h. t. Der Schlusssatz gilt natürlich nur dann, wenn die Veräusserung nicht aus einem anderen Grunde giltig ist.

die ihren Charakter als Circulationsmittel verloren haben, irgendwelche Bedeutung hat, ist klar; sie bezieht sich vielmehr gerade auf Münzen (und Papier), deren Funktion als Geld noch in Wirksamkeit besteht. Auch darüber sollte man billig nicht streiten, dass die Geldfunktion, die auf öffentlicher Autorität beruht, im einzelnen Falle nicht durch Privatwillen, weder durch einseitigen noch durch vertragsmässigen, aufgehoben oder suspendirt werden kann. Die Absicht, Sachen, die wirklich Geld sind, gleichwohl blos als gewöhnliche Metall- oder Papierkörper zu kaufen, ist für die rechtliche Behandlung vollkommen gleichgiltig; auch die Absicht, diese Sachen demnächst ihrer Funktion als Geld zu entkleiden — durch Einschmelzen u. s. w. — ist für die gegenwärtige rechtliche Beschaffenheit des Objects unerheblich [1]). Halten wir an diesen Praemissen fest, so kann

1) wohl kein Zweifel darüber bestehen, dass das blose Umwechseln verschiedener Sorten der nämlichen Währung kein Kauf, sondern Tausch ist. Es ist schlechterdings nicht möglich, hier Waare und Preis zu unterscheiden [2]). Namentlich ist dies auch dann der Fall, wenn etwa ein Umtausch innerhalb der nämlichen Geldsorte deshalb erfolgt, weil das im Be-

1) Der Satz, mit dem man die Frage häufig beantworten zu können glaubt, die Münzen seien auch Sachen, ist freilich unumstösslich wahr, aber völlig belanglos. Sowenig der Einzelne durch seinen Willen die Waare zum Geld, sowenig kann er Geld zur Waare in dem Sinne machen, dass die Geldfunktion rechtlich nicht in Betracht kommt. Wer circulationsfähige Münzen erwirbt, der hat eben Geld, mag er wollen oder nicht. Vgl. Windscheid §. 385 Anm. 3 (wo weitere Literatur); Dernburg Pr. Privatrecht Bd. II S. 337 (wo mit Unrecht die Funktion des Geldes als „staatlich anerkannten Werthmessers“ betont ist).

2) Selbst dann nicht, wenn der eine Theil ein Bankier oder eine Bank ist. Auch wer berufsmässig Geldgeschäfte macht, hält doch das Geld nicht als res venalis bereit; das Umwechseln ist nur eine, und nicht einmal die wichtigste Thätigkeit, zu der er sein baares Geld braucht. — Auf die seltsamen Spitzfindigkeiten, zu welchen Flesch (die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäftes, in den Ihering'schen Jahrbüchern Bd. 19 S. 309 fgg.), wesentlich auf Grund einer unrichtigen und auch praktisch ganz undurchführbaren Auffassung der Parteiabsicht gelangt (vgl. namentlich S. 332), kann hier nicht weiter eingegangen werden. Viel richtiger sind die Ausführungen über den nämlichen Gegenstand von Riesser ebendaselbst Bd. 20 S. 201 fgg.

sitz des Andern befindliche Geldstück für den Eintauschenden ein besonderes Affektionsinteresse hat. Das Motiv ist doch für den rechtlichen Charakter des Geschäfts unerheblich; in Wirklichkeit hat Jeder nachher genau das nämliche, was er vorher hatte, Geld [1]).

Weiter muss aber diese Auffassung auch für den Fall aufrecht erhalten werden, wenn innerhalb der nämlichen Währung Münzen des Währungsmetalles gegen Münzen des Hilfsmetalls umgetauscht werden. Denn auch die Münzen des letzteren sind Geld, d. h. ein mit gesetzlichem Zwange ausgestattetes Zahlungsmittel [2]).

Die Unterscheidung von Waare und Preis ist daher auch hier nicht möglich. Dass die Zahlungskraft des Silbers gesetzlich beschränkt ist (Art. 19), kann doch für den Umtausch selbst nicht in Betracht kommen, sonst würde man am Ende gar noch zu dem Curiosum gelangen, dass der Umsatz bis

1) Anderer Ansicht Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 41, Windscheid, Dernburg a. a. O. — Flesch ist mit dem Gegensatz von Kauf und Tausch noch nicht zufrieden; er fügt noch eine dritte Construktion, die des unbenannten Realcontraktes, ein. Dazu veranlasst ihn die Meinung, dass beim Kaufe wie beim Tausche der Gegner vom Moment des Vertragsabschlusses an bei individuell bestimmtem Tauschobject die Gefahr tragen müsse, was doch offenbar hier zu ganz unbilligen Resultaten führen würde. Dies letztere ist ohne Weiteres klar; bei dem Resultate, dass Jemand die Gefälligkeit, Geld zu wechseln, mit einem baaren Verluste büssen müsste, wird sich Niemand beruhigen. Aber um diesem Resultate zu entgehen, bedarf es nicht der Annahme eines dritten Geschäftes, sondern blos der Erinnerung an den Satz, dass die Bestimmungen über die Gefahr dispositives Recht sind und auch stillschweigend ausgeschlossen werden können, was eben gerade auf Grund der „Gefälligkeit" ohne Weiteres anzunehmen ist. Ob aber das Tauschen Gefälligkeit ist, dafür werden wir nicht, wie F. thut, erst noch Anhaltspunkte in der individuellen Absicht suchen; überall wo der Tausch keinen materiellen Vortheil gewährt, ist er vom Standpunkte des darum Angesprochenen Gefälligkeit, mag derselbe ein Privatmann oder ein Geschäftsmann oder sogar ein „Geldwechsler" sein.

2) Die Ansicht, dass im deutschen Münzsystem die Silbermünzen blose Anweisungen auf Goldmünzen und alle Zahlungen in Silber blose dationes in solutum seien, ist falsch. Vgl. das Reichsmünzgesetz Art. 3, Art. 9.

zum Betrage von zwanzig Mark Tausch, darüber hinaus aber Silberkauf ist [1]).

2) Wir gelangen weiter zu dem Falle, dass inländisches und ausländisches Geld umgesetzt werden soll. Dieser Vorgang wird heutzutage wohl von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller als Kauf aufgefasst, wobei dann freilich die Ansichten über den eigentlich entscheidenden Punkt, wer denn der Käufer ist, noch vielfach auseinandergehen.

Vor Allem muss dabei der Irrthum abgewehrt werden, als ob die zwischen der inländischen und der ausländischen Währung bestehenden Coursdifferenzen einen „Kaufpreis“ zu begründen vermöchten, so dass der das Aufgeld zahlende Theil als Käufer zu betrachten wäre. Diese Ansicht wäre nur richtig, wenn der Begriff des Tausches das Aufgeld ausschlösse; davon ist gar keine Rede (s. oben S. 147), so wenig es unzulässig ist, dass der eine Contrahent in anderer Weise einen Gewinn macht. Ausserdem ist es auch willkürlich, gerade den das Aufgeld Gebenden als Käufer zu betrachten; auch der Verkäufer kann ja doch mehr leisten als den wahren Werth [2]).

Ebensowenig lässt sich die Frage durch die Bezugnahme auf Angebot und Nachfrage lösen [3]). Abgesehen davon, dass in vielen und wichtigen Fällen dieser Unterschied sich gar nicht nachweisen lässt, so ist derselbe auch kein Kriterium für die Parteirollen.

Auch mit der Formel von Thöl ist kein sicheres Resultat zu erreichen. Hiernach soll das Geben von Geld gegen Geld dann Kauf sein, wenn das Geld des einen als Preis für das des andern als Waare gewollt ist [4]). Allein das ist eine Um-

1) Ueber verschiedene Ansichten vgl. Riesser a. a. O. S. 219 fgg. — Auf den Wortlaut des Art. 9 des d. M.G. „derselbe (nämlich der Bundesrath) wird zugleich die näheren Bedingungen des Umtausches festsetzen“, will ich mich gar nicht einmal berufen. — Wie hier z. B. Keller Pandekten §. 353 am Ende; Goldschmidt, Handbuch (1. Aufl.) I, S. 1104; Riesser a. a. O. S. 241 (abweichend in Bezug auf Umsatz von Silber gegen Gold.)

2) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 1104; Wächter Pand. Bd. II S. 460.

3) Sintenis Bd. II §. 85 a. E.

4) Thöl, Handelsrecht I, 2 S. 35. Aehnlich auch Heyer in der

schreibung, keine Lösung der Frage. Jener Wille lässt sich in den meisten Fällen nicht constatiren; und wenn auch, so vermag, wie schon oben angedeutet, der Privatwille nicht über die objective Eigenschaft von Waare und Preis zu entscheiden [1]).

So bleibt noch das letzte Kriterium übrig; das inländische Geld ist der Preis, das ausländische die Waare [2]). Falsch ist allerdings die Begründung derselben aus der Unveränderlichkeit der inländischen Währung. Denn die Unveränderlichkeit ist doch kein Merkmal des Kaufpreises; erforderlich ist ja nur die subjective Bestimmtheit, und diese ist auf beiden Seiten gleichmässig vorhanden.

Dagegen halte ich für ganz entscheidend [3]) die Erwägung, dass die inländische Währung Geld im absoluten, die ausländische dagegen nur im relativen Sinne ist [4]). Nur das inländische Geld ist gesetzliches Tausch- und Zahlungsmittel; dem ausländischen fehlt gerade diese Eigenschaft. Wer daher im Inlande ausländische Münzen erwirbt, der hat damit keine Sachen von präsenter Geldfunktion: dem inländischen Gelde gegenüber ist das ausländische im Inlande Waare und daher Kaufobject [5]). Der Erwerber der ausländischen Münzen will sich zwar auch Geld verschaffen, aber er verschafft sich Sachen, die er nicht sofort und unmittelbar als Geld verwenden kann; im Augenblick und bis zum Eintreten weiterer Voraussetzungen hat er eben nicht Geld; nicht der Wille entscheidet, sondern die objective Beschaffenheit der Dinge [6]).

Zeitschrift für Civilrecht und Praxis N. F. Bd. 15 S. 43. „Wenn die zu übergebende Sache bestimmt als Waare und die dafür zu leistende bestimmt als pretium bezeichnet ist, dann ist nach den gesetzlich gegebenen Principien ein wirklicher Kauf vorhanden."

1) Vgl. L. 42 D. de fidejuss. (46, 1) Bd. I S. 6.

2) Vgl. Plinius H. N. 33, 3, 47 (Bd. I S. 36 A. 1) und Volusius Maecianus assis distrib. § 45.

3) Vgl. oben S. 147.

4) Relativ ist auch das ausländische Geld im Inlande anerkannt. Vgl. R.St.G.B. §. 146 fgg.

5) Dies ist im Wesentlichen doch auch die Ansicht von Hartmann zur Lehre vom Gelde S. 42. In neuester Zeit hat Riesser a. a. O. diese Meinung vertheidigt a. a. O. S. 230 fgg.

6) Uebrigens würde der Wille, Münzen mit präsenter Geldfunktion

3) Was den Umsatz ausländischer Münzen gegen ausländische (von anderer Währung) anlangt, so liegt nach dem Gesagten einfacher Tausch vor, kein Object hat die Geldfunktion. Die Meinung, dass hier ein „Doppelkauf" vorliege, ist unrichtig, da dieser Begriff, wie sich im nächsten Kapitel ergeben wird, überhaupt nicht existirt.

4) Den Umsatz endlich von solchen Werthpapieren, die kein wahres Papiergeld sind, also namentlich von Reichscassascheinen und Banknoten gegen Geld betrachte ich unbedenklich als Kauf der ersteren. Diese Werthpapiere sind als blose Anweisungen rechtlich etwas anderes als Geld, und die Unterscheidung zwischen Waare und Preis ist daher hier ohne alle Schwierigkeit durchzuführen [1].

zu erwerben, einen Irrtum voraussetzen. Wer von demselben nicht befangen ist, will auch nichts anders als Sachen erwerben, deren Geldfunktion zur Zeit ruht.

1) Um so mehr gilt dies natürlich von anderen Werthzeichen, Briefmarken u. s. w. Reines Papiergeld gibt es bekanntlich im deutschen Reiche nicht. Wo es existirt, sind darauf die oben bezüglich des gemünzten Geldes gefundenen Sätze anwendbar. — Da es sich in diesem Werke nirgends um eine Dogmengeschichte handelt, so habe ich die mittelalterlichen Ansichten über den Kauf von gemünztem Gelde hier nicht weiter berücksichtigt. Vgl. Endemann a. a. O. Bd. II S. 11, 127, 198.

Viertes Kapitel.

Verhältniss zu verwandten Rechtsgeschäften.

§. 155.

Mit manchen andern Rechtsverhältnissen berührt sich der Kauf durch die Gemeinschaftlichkeit gewisser Merkmale. Genauer betrachtet ist aber diese Berührung selbst wieder von sehr verschiedener Beschaffenheit.

I. Mit der Miethe und mit dem Tausch ist der Kauf dergestalt verwandt, dass gleichwohl die nicht gemeinsamen Merkmale überwiegen, so dass das nämliche Geschäft nicht je nach den Umständen unter den einen oder unter den andern Typus fallen kann. Trotz der Verwandtschaft ist das Verhältniss gleichwohl ein ausschliessendes. Die Erörterung der Verwandtschaft kann daher nur dazu dienen, die dem Kaufe eigenthümlichen Merkmale durch den Gegensatz zur schärferen und klareren Erkenntniss zu bringen.

Mit der Miethe hat der Kauf die Geldleistung, mit dem Tausche die Richtung der Absicht auf definitiven Erwerb gemein. Die letztere fehlt umgekehrt gerade bei der Miethe (S. 60), die Geldleistung beim Tausche. Es kann daher das nämliche Geschäft nicht zugleich Kauf und Miethe, Kauf und Tausch sein [1]).

Von diesen Verhältnissen ist hier zu sprechen. Wir stellen dabei die Miethe voran, weil sie im römischen Rechte ausgebildeter als der Tausch und daher auch für die wissenschaftliche Vergleichung ergiebiger ist.

II. Sehr erheblich hievon verschieden sind die Verhältnisse, in welchen die empirische Absicht auf einen Erfolg gerichtet ist, der je nach dem Verlaufe der Umstände sich als

1) Etwas ganz anderes ist es natürlich, dass alternativ ein Kauf oder eine Miethe, ein Kauf oder ein Tausch geschlossen werden kann.

kaufrechtlicher Erfolg darstellen kann oder nicht. Das einheitlich vorgestellte und beabsichtigte Geschäft kann einen zweifachen Verlauf nehmen; der Erfolg entscheidet über den rechtlichen Charakter des Geschäfts.

Hieher gehört scheinbar der von Gaius III §. 146 erörterte, in die Quellen des geltenden Rechtes nicht übergegangene Fall [1]; in Wirklichkeit aber der Trödelvertrag und der Commissionsvertrag. Man kann bei diesen Geschäften nicht von einem ausschliessenden Gegensatze zum Kaufe sprechen, da sie vielmehr möglicher Weise einen Kauf in sich enthalten.

In diesen Fällen liegt daher ein besonderer, complicirter Inhalt der empirischen Absicht vor, der dann auch eine complicirte Sanktion zur Folge hat. Daher gehören diese Verhältnisse erst in das nächste Buch.

III. Wieder ganz anders endlich sind die Fälle beschaffen, in welchen die kaufrechtliche Sanktion eintritt, ohne dass in Wahrheit die Absicht des Kaufens und Verkaufens vorliegt, z. B. Zahlung der Litisaestimation, Aestimation der Dos, Zahlung mit beneficium cedendarum actionum u. s. w. Hier handelt es sich um rechtliche Analogien des Kaufes; wollte man die Sanktion auf die Absicht zurückführen, so würde man einfach zu einer Fiktion gelangen. Vom wissenschaftlichen Standpunkt aus bilden diese Verhältnisse gerade den Gegensatz des Kaufabschlusses und werden daher ebenfalls im folgenden Buche anhangsweise dargestellt werden.

Erster Abschnitt.

Verhältniss zum Miethvertrag.

§. 156.

Der Miethvertrag [2] hat im römischen Reche eine dreifache Gestalt. Die meisten Berührungspunkte mit dem Kaufe hat die locatio conductio operis, dann folgt die locatio conductio rei, am schwächsten ist die Beziehung zur locatio con-

1) Dem aufmerksamen Leser von Gaius III, 145—147 wird es schwerlich entgehen, dass hier sehr verschiedenartige Dinge vermengt sind.

2) Vgl. Bd. I S. 439 fgg.

ductio operarum. Damit ist auch die Reihenfolge der Erörterung von selbst gegeben.

Die Verwandtschaft mit der locatio conductio operis, die ja auch im Sprachgebrauch hervortritt, beruht ohne Zweifel darauf, dass die empirische Vorstellung sich das opus objectivirt, und zwar das opus nicht als fertiges, sondern als anzufertigendes, das opus faciendum; gerade wie wir auch heute von einem „Vergeben der Arbeit" sprechen. Eben auf dieser Objectivirung beruht auch der Unterschied der l. c. operis gegenüber der l. c. operarum.

Allein die Rechtsordnung hat mit jener empirischen Anschauung nicht gleichen Schritt gehalten. Das opus faciendum ist niemals als selbständig geschütztes Gut, als res incorporalis, behandelt worden, und die rechtliche Wirkung der locatio conductio operis beschränkt sich auf das rein obligatorische Verhältniss zwischen den beiden Contrahenten (S. 118).

Was aber das Object anlangt, an welchem das opus herzustellen ist[1]), so wird dasselbe dem Unternehmer nur anvertraut, nicht aber definitiv, wenn auch mit der Pflicht der Rückübertragung, überlassen. Nur unter der letzteren Voraussetzung wäre insofern ein Kauf anzunehmen[2]).

Wenn endlich der Unternehmer in der Lage ist, zur Ausführung des opus seinerseits Sachen zu leisten (Baumaterialien u. s. w.), so erscheinen in Ermangelung entgegengesetzter Verabredung[3]) diese Leistungen lediglich als Theil (beziehungsweise Mittel) der Erfüllung der Obligation aus dem Unternehmungsvertrage, nicht als Gegenstand einer Kaufobligation, die etwa implicite in dem Vertrage enthalten wäre[4]).

1) Dass ein solches existirt, ist nicht nothwendig; das opus kann auch an einem freien Menschen vollzogen werden.

2) Pomponius L. 20 D. h. t. — nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret; aliter atque si aream darem ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. Das Wort dare ist hier, wie nach dem Zusammenhang unzweifelhaft, nicht im technischen Sinne gebraucht. Dagegen liegt der Fall der Eigenthumsübertragung vor in L. 6 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

3) Also namentlich dann, wenn die Gegenleistung in Bausch und Bogen bestimmt ist.

4) L. 22 §. 2 D. loc. (19, 2). Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me

§. 157.

Nun ist aber weiter der Fall möglich, dass das opus nicht an einer Sache, die der Bestellende zu diesem Zwecke anvertraut, sondern an der Sache des Unternehmers herzustellen ist.

I. Zunächst ist kein Zweifel, dass die entgeltliche Ueberlassung von Produkten des eigenen Bodens, auch wenn sie erst durch die Thätigkeit des Ueberlassenden hergestellt werden müssen, Kauf derselben, nicht aber locatio conductio operis ist. Bezüglich der künftigen Früchte bedarf dies keines Nachweises. In Beziehung auf die Lieferung von Ziegelsteinen liegt folgende Erörterung von Javolenus vor:

L. 65 D. h. t. Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres utrum emtio sit an locatio? Respondit: si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emtionem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicuius rei est, quoties materia in qua aliquid praestatur in eodem statu eiusdem manet: quoties vero et immutatur et alienatur, emtio magis quam locatio intelligi debet.

Welche Art von locatio hier gemeint ist, bleibt nach dem Wortlaut zweifelhaft; da aber weder an locatio conductio rei noch operarum wohl gedacht werden kann, so bezieht sich die Stelle auf unsern Fall. Der Jurist schliesst die locatio conductio operis aus, weil es sich gar nicht um Bearbeitung des Bodens, sondern um Veräusserung eines erst aus demselben zu gewinnenden Produktes handelt [1]).

Dies gilt also auch von der Lieferung von Kohlen,

transfert et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem. Man beachte, wie der Schlusssatz unwillkürlich in die Construktion der locatio conductio operarum umbiegt, die auch sonst in den Quellen nicht immer scharf von der l. c. operis unterschieden wird. (Vgl. Gai. III, 147.) Sehr mit Unrecht erblickt Schrader (zu §. 4 I. loc. 3, 24) in dieser Stelle eine Spur der im folgenden Paragraphen zu besprechenden Controverse; es handelt sich um einen völlig verschiedenen Fall.

1) Im umgekehrten Falle — Herstellung aus dem Boden des Bestellenden — liegt entweder locatio operarum oder locatio operis vor; es ist zwar auch hier Immutation, aber keine Alienation vorhanden.

Steinen, Torf u. s. w. aus dem Bergwerke oder Grundstücke des Veräussernden.

II. In Beziehung auf bewegliche Sachen bestand bekanntlich eine Controverse [1]), über welche Gaius III, 147 also berichtet:

Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acceperit verbi gratia denarios $\overline{CC}$, utrum emtio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emtionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emtionem et venditionem contrahi; atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi [2]).

Der Streit war also nicht, wie man aus dem weniger genauen Berichte in L. 2 §. 1 D. loc. (19, 2) aus des Gaius lib. II. rer. quot. schliessen könnte [3]), ob Kauf oder Miethe, sondern ob Kauf und Miethe oder bloser Kauf, ob zwei copulativ verbundene Verträge oder blos ein einziger. Die Anhänger der ersteren Ansicht legten sich den Vorgang so zurecht, dass der Käufer den Stoff kauft und gleichzeitig zum Zwecke der Bearbeitung dem Verkäufer von kurzer Hand tradirt, — wobei es dann gleichgiltig ist, ob der zweite Vertrag als locatio conductio operis oder operarum aufgefasst wird. Diese künstliche Construktion hat bereits Sabinus bekämpft, wie sich aus folgendem Bericht des Pomponius (lib. IX ad Sabin.) ergibt [4]).

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam [5]),

1) Dieselbe gehörte aber, wie Schrader a. a. O. richtig bemerkt nicht zu den Controversen der beiden Juristenschulen; vgl. L. 20 D. h. t.

2) Im Wesentlichen übereinstimmend §. 4 I. de loc. (3, 24); nur ist hier die Controverse auch entschieden durch die Worte: sed placuit tantum emtionem et venditionem contrahi.

3) Die Schlussworte: sed placet unum esse negotium et magis emtionem et venditionem esse lassen aber keinen Zweifel, dass im Vorhergehenden nur der Ausdruck ungenau ist.

4) L. 20 D. h t

5) „Wenn wir wollen, dass uns eine Sache auch noch gemacht werde.“

veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri, nec posse ullam locationem esse ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret; aliter atque — folgen die schon oben (S. 161 Anm. 2) angeführten Worte.

Das Geschäft wird also, im vollen Einklang mit der empirischen Absicht, als einheitliches und folglich als Kauf aufgefasst. Aber es ist wohl zu beachten, dass diese Auffassung erst möglich wurde, nachdem der Kauf, dem die unmittelbare Vollziehbarkeit fehlte, gleichwohl als bindender Contrakt anerkannt war; es liegt auch hier ein Fall der emtio imperfecta vor, und zwar insofern ein complicirter, als der Verkäufer verpflichtet ist, zur Herbeiführung der Vollziehbarkeit eine positive Thätigkeit eintreten zu lassen; darin liegt die Steigerung gegenüber dem einfachen Verkaufe von res futurae (oben S. 98) [1]).

Es bleibt nun freilich noch eine wichtige Frage offen; nämlich die Frage, ob dieses Geschäft ein beim Verkäufer bereits vorhandenes Object voraussetzt, das entweder in specie oder in genere bestimmt ist, oder ob der Stoff auch rein generisch bezeichnet werden kann. Nur im letzteren Falle ist das hier besprochene Geschäft mit unserem Liefe-

1) Es versteht sich hienach von selbst, dass nach späterem und namentlich nach heutigem Rechte ein Kauf von künftigen Früchten auch in der Weise möglich ist, dass sich der Verkäufer bezüglich der Gewinnung zu positiver Thätigkeit verpflichtet. — Die Bemerkung von Brinz Pand. Bd. II S. 695 A. 18 (vgl. auch schon S. 105), ist mir nicht ganz klar. Denn 1) dass der Kauf vor Herstellung der Waare nicht perfekt ist, ist unzweifelhaft richtig; aber auch die emtio imperfecti ist doch im späteren Rechte ein wahrer Kauf; dass aber 2) auf Herstellung der Arbeit nur mit actio emti geklagt werden kann, ist dadurch entschieden, dass das Geschäft gerade als einheitliches bezeichnet wird; die entgegengesetzte Annahme würde ja nur vom Standpunkte des Doppelgeschäftes aus möglich sein. Brinz ist überhaupt in seiner eifrigen Betonung der Realität des Nehmens dem Gebiete der emtio imperfecta nicht ganz gerecht geworden und scheint namentlich nicht genügend gewürdigt zu haben, dass schon Pomponius beim Verkaufe von res futurae die actio emti wegen doloser Vereitelung der Entstehung zulässt; der Inhalt der L. 8 pr. D. h. t. ist A. 18 (zu Anfang) nicht erschöpfend verwerthet.

rungsvertrage identisch, beziehungsweise eine Art desselben. Vollständig kann diese Frage nur in einem grösseren Zusammenhang gelöst werden. Hier ist einstweilen darauf hinzuweisen, dass die Stellen des Gaius und der justinianischen Institutionen ausdrücklich den Stoff als „aurum suum" des Verkäufers bezeichnen. Indessen muss zugegeben werden, dass dieser Ausdruck nicht nothwendig auf schon vorhandenes Eigenthum zu beziehen ist; zunächst ist damit vielmehr das Gold, welches der Goldschmied zu geben hat, im Gegensatze zu demjenigen gemeint, welches der Bestellende liefert. Noch unbestimmter lautet in dieser Beziehung die L. 20 D. cit. [1]). Dagegen ist aber, wie ich glaube, doch folgende Bemerkung von Wichtigkeit. Denken wir den Stoff schlechthin in genere bestimmt, so hat die ganze Controverse, so wie sie überliefert wird, keinen rechten Sinn. Denn kann man Stoff dergestalt in genere kaufen, so ist gar nicht einzusehen, warum man nicht auch bearbeiteten Stoff in gleicher Weise sollte kaufen können, und die Frage, ob hier zwei Verträge vorliegen, ist unter dieser Voraussetzung nicht verständlich. Man würde dann doch nothwendig zu der Auffassung gelangt sein, dass der Besteller das fertige Arbeitsproduct als eine in genere bestimmte res futura kauft; die Anschaffung des Stoffes wäre unter Umständen lediglich die thatsächliche Vorbereitung für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers. Auf den Gedanken dagegen, dass eine Combination von zwei Verträgen vorliegt, kann man nur dann kommen, wenn man die Erfüllung des ersten als die rechtliche Grundlage für die Erfüllung des zweiten betrachtet; nicht der Unternehmer kauft noch verpflichtet er sich (indirekt) zu kaufen, um erfüllen zu können, sondern er verkauft den Stoff, um denselben dann auch noch (etiam) [2]) zu bearbeiten. Nach meiner Meinung kann man daher die Controverse nicht als Argument dafür verwerthen, dass das römische Recht den Lieferungsvertrag als Art des Kaufes anerkannt habe. Ob aber die Entscheidung des Streits, so wie sie jetzt geltendes Recht geworden

1) Die L. 22 §. 2 D cit. kommt hier überhaupt nicht in Betracht. Vgl. oben S. 161 Anm. 4.

2) L. 20 D. h. t.

ist, nicht auf den Lieferungsvertrag hindrängt, diese Frage kann erst später erörtert werden [1]).

§. 158.

Auch mit der Sachenmiethe berührt sich der Kauf, und zwar in zweifacher Beziehung.

I. Es war streitig, ob das Verhältniss am ager vectigalis als Pacht oder als Kauf zu betrachten sei [2]). Diese Controverse beruhte, wie schon oben ausgeführt worden ist, auf der Vorstellung, dass das Grundstück selbst das Object des Vertrages ist. Das Anomale des Kaufes aber lag theils in der periodischen Gegenleistung, theils aber und vorzugsweise in dem Austreibungsrecht des Verkäufers. Denn dasselbe kann auch nicht ohne Weiteres als lex commissoria aufgefasst werden, da ja der Vertrag bereits vollzogen ist und dieser Vollzug in keiner Weise rückgängig gemacht wird [3]). Andererseits lag das Anomale des Pachtvertrages theils in der Vererblichkeit und relativen Unkündbarkeit, theils in der dem Pächter zustehenden dinglichen Klage. Die weitere Entwicklung ist bereits oben dargelegt worden (S. 124).

II. Eine andere Gränzberührung hat noch im heutigen Rechte praktische Bedeutung. Es handelt sich um den Unterschied von Miethe (Pacht) der Sache und Kauf der Produkte derselben [4]). Im Allgemeinen lässt sich dieser Unterschied in folgender Weise bestimmen:

1) Dem Pachtverhältnisse wesentlich ist die auf Gewinnung der Produkte gerichtete Thätigkeit des Pächters, welche der Verpächter durch Ueberlassung des Pachtobjectes ermöglichen muss, dergestalt dass er durch diese Ermöglichung zugleich seine Verbindlichkeit regelmässig erschöpft. Damit kann zugleich ein Wagniss für beide Theile verbunden sein, insofern das Aequivalent ohne Rücksicht auf das wirkliche Erträgniss festgestellt wird; allein wesentlich ist dieses Moment nicht;

1) Grosse Unklarheit findet sich bei Sintenis Bd. II §. 97 A 13.

2) Gai. III, 145; §. 3 I. de locat. (3, 24).

3) Dass ein zeitlich begränztes Recht gekauft werden kann (Niesbrauch), ist etwas ganz anderes.

4) Vgl. L. 6 D. de donat. (39, 5).

es fehlt bei der colonia partiaria, und es ist natürlich auch die Bestimmung des Geldäquivalents nach dem wirklichen Erträgnisse nicht unstatthaft.

Nicht wesentlich für den Pachtvertrag ist es, dass die zu gewinnenden Produkte gerade Früchte im eigentlichen Sinne sind; eine darauf bezügliche Vorschrift ist mir nicht bekannt. Auch wer andere Produkte, namentlich also solche, die sich durch organische Kraft nicht erneuern, aus der Sache bezieht, macht Gebrauch und Nutzung von derselben. Daher ist auch ein Steinbruch, ein Bergwerk Gegenstand des Pachtvertrages, ohne dass dabei die Frage, ob die nicht renascirenden Produkte „Früchte“ sind, entscheidend ins Gewicht fallen kann [1].

2) Dagegen kauft Jemand Sachen, die von seinem Standpunkte aus selbständig existiren; also — in Anwendung auf zukünftige Sachen — entweder solche, welche der Zufall hervorbringt, oder solche, welche durch Thätigkeit des Verkäufers herzustellen sind. Selbstverständlich schliesst dabei die blose Thätigkeit der Besitzergreifung den Begriff des Kaufes nicht aus [2].

Diese Sätze sind vor Allem anerkannt in der schon oben angeführten L. 65 D. h. t. Ein Grundeigenthümer verpflichtet sich von seinem Grundstück ein gewisses Quantum Ziegel zu liefern, das ist Kauf; Pacht wäre es, wenn der Bestellende die Ziegel selbst zu gewinnen hätte [3].

So kann sich namentlich auch der Verkäufer des Grundstücks die (stehenden) Früchte oder einen Theil derselben

1) Vgl. das allgem. preussische Berggesetz §. 114.

2) L. 9, 40 D. de a. e. v. (19, 1). — Spricht man von einem Kauf der „Ausbeute“, so ist zu bemerken, dass a) die Ausbeute hier nur als Collektivbezeichnung in Betracht kommt, und dass b) der Ausdruck für den Charakter des Geschäftes natürlich nicht massgebend ist.

3) Die Stelle ist nach zwei Seiten hin entscheidend: a) die Lieferung der Ziegel von Seiten des Eigenthümers ist keine l. c. operis. Diese Entscheidung ist ausdrücklich getroffen; von derselben war schon oben (S. 162) die Rede. b) Die Gewinnung von tegulae aus dem fremden Grundstücke mittelst eigener Thätigkeit des Bestellers ist Miethe. Dies ergibt das argumentum a contrario aus den Worten ex meo fundo tegulas tibi factas.

vorbehalten; diese Abrede wird nicht als Pachtvertrag, sondern lediglich als Vorbehalt des Eigenthumserwerbes aufgefasst [1]).

Und so wird denn auch der Kauf der fructus futuri einfach so beschrieben; — et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut quum editus esset partus, iam tunc quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor ne nascantur aut fiant, ex emto agi posse [2]).

In L. 80 §. 2 D. h. t. spricht Labeo von dem Verkauf des schlagbaren Holzes auf die Dauer von fünf Jahren (silvam caeduam in quinquennium vendere); und hier tritt auch ein besonderer praktischer Unterschied gegenüber dem Pachtvertrag hervor. Es fragt sich nämlich, wem die herabfallenden Baumfrüchte (glandes) gehören. Die Antwort ist, dass in Ermangelung besonderer Verabredung die von den noch nicht gefällten Bäumen herabfallenden Früchte dem Verkäufer erworben werden, die von den gefällten Bäumen dagegen dem Käufer. Es ist einleuchtend, dass bei einem Pachtvertrag, dessen Object der Wald auf die Dauer der fünf Jahre wäre, dieser Unterschied nicht statuirt werden könnte [3]).

§. 159.

Endlich ergibt sich auch ein Berührungspunkt mit der locatio conductio operarum. Wir denken dabei nicht an die Fälle, wo eine Thätigkeit des Verkäufers nöthig ist, um den Kauf zur Perfection zu bringen; diese Thätigkeit hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist lediglich Mittel zum Zweck [4]).

1) L. 40 §. 3, 4 D. h. t.; und namentlich L. 80 pr. D. eod. (ita ut fructus eorum tollatur).

2) Vgl. auch L. 39 §. 1 D. h. t. Verkauf der hängenden Früchte: eum qui fructum olivae pendentis vendidisset. . .

3) In L. 21 pr. D. de ann. leg. (33, 1) sind die coloni und die emtores fructuum einander gegenübergestellt. — Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 6 S. 4, wo aber auf die Frage, ob Mineralien als Früchte zu betrachten sind, ein ungehöriges Gewicht gelegt ist.

4) Dahin gehört also die Thätigkeit des Ausscheidens, Zumessens u. s. w. Es ist möglich, dass gerade die Nothwendigkeit solcher vorbereitender Thätigkeit den Begriff des Kaufes ausschliesst; ist er aber

Wohl aber ist das Gränzverhältniss zwischen emtio spei und Dienstmiethe noch genauer festzustellen. In Betracht kommen dabei natürlich nur die älteren und ursprünglichen Fälle jenes Geschäftes, wobei dem Verkäufer eine Thätigkeit bezüglich der Gewinnung des Objectes obliegt. Die Ausdehnung auf den Verkauf von Sachen, wegen deren gegenwärtiger Existenz der Verkäufer keine Garantie übernimmt, (eine Ausdehnung, die in den Quellen nur bezüglich der hereditas nachgewiesen werden kann), interessirt uns hier nicht.

Ohne Zweifel kann eine Dienstmiethe des Inhalts geschlossen werden, dass sich der Arbeitende verpflichtet, gewisse Objecte zu suchen, zu fangen u. s. w., und dagegen ohne Rücksicht auf das Resultat seiner Thätigkeit bezahlt wird.

Wo ist hier die Gränze gegenüber jener emtio spei? und wie ist man zu diesem letzteren immerhin anomalen Begriff gelangt, da doch der erstere völlig ausreichend erscheint? In beiden Fällen ist der Versprechende verpflichtet thätig zu werden; in beiden Fällen wird er, wie es scheint, für die Thätigkeit als solche bezahlt, da das Resultat derselben gleichgiltig ist. (S. 142).

Der Unterschied liegt offenbar nur in der Absicht des Eigenthumserwerbes. Es ist nämlich

1) möglich, dass der Arbeitende in Beziehung auf die zu gewinnenden Sachen lediglich den Stellvertretungswillen hat; wie der Taglöhner, der zur Gewinnung, Förderung, Perception von Sachen verwendet wird. Niemand kommt auf den Gedanken, dass diese Sachen dem Arbeitenden erst abgekauft werden. Das Aequivalent bemisst sich daher hier normaler Weise nach dem Werthe der Arbeit als solcher.

2) Es ist aber auch möglich, dass der Erwerbende die Sache, wenn auch auf Veranlassung und Gefahr des anderen Contrahenten, zunächst für sich erwerben und dem Andern erst demnächst übereignen will. Dies ist unser Fall; die Gegenleistung ist hier gemeint und berechnet als Aequivalent für den Sachenerwerb, also als Kaufpreis. Insoferne dasselbe aber gezahlt werden muss, auch wenn gar kein Kaufobject erwor-

als emtio imperfecta anerkannt, so ist damit diese Thätigkeit selbst auch juristisch als blos vorbereitendes Moment des Vollzugs bezeichnet. — Auch die Thätigkeit des Ueberschickens, Ueberbringens kann hieher gehören.

ben wird, stellt es sich im Erfolge möglicherweise als bloses Aequivalent für die Arbeit dar; darin liegt die Verwandtschaft mit der Dienstmiethe.

Zweiter Abschnitt.

Verhältniss zum Tausche.

§. 160.

Der Tausch im engeren Sinne[1]) hat mit dem Kaufe die auf definitiven Erwerb gerichtete Absicht und Erwartung (S. 60 fgg.) gemein; der Unterschied besteht dagegen in dem Mangel der specifischen Gegenleistung; beim Tausche stehen sich Sache gegen Sache oder, noch prägnanter ausgedrückt, Waare gegen Waare gegenüber, so dass sich die Leistung, welcher die Funktion und die rechtlichen Merkmale des Preises zukommen würden, gar nicht bestimmen lässt[2]).

Gaius berichtet von einer Art Mittelmeinung des Juristen Caelius Sabinus; hienach ist der Austausch von Waaren Kauf, wenn der eine Theil seine Sache „verkäuflich" hatte; wie das Beispiel[3]) zeigt, ist dabei der entscheidende Punkt gar nicht in die Beschaffenheit der Sache als Handelsartikel, sondern lediglich in die subjective Willensrichtung des einen Theiles gelegt. Demnach ist aber auch dieses Merkmal, das ebensowohl auf beiden Seiten als auf keiner von beiden

1) Es gibt auch einen Tausch als Analogon der Miethe; und auch hier wiederholte sich dieselbe Controverse wie beim Kauf. §. 2 I. de locat. (3, 24). Die colonia partiaria ist nach dieser Seite hin keine Ausnahme; durch sie berührt sich vielmehr der Pachtvertrag mit dem Gesellschaftsvertrag.

2) Gai. III, 141; §. 2 I. de emt. (3, 23); L. 1 D. de rer. permut. (19, 4); L. 7 C. eod. (4, 64); L. 1 D. h. t.

3) Völlig mit dieser subjectiven Auffassung der res venalis stimmt die Erklärung Ulpian's in L. 11 pr. D. de r. c. (12, 1) überein, die sich übrigens auf ein anderes Rechtsverhältniss bezieht. — Lässt sich der Veräussernde durch einen besonderen Anstoss erst bestimmen, die Sache wegzugeben, so ist sie für ihn keine res venalis; bei Sachen, welche Jemand als Handelswaaren hat, versteht sich dieses Merkmal von selbst. L. 34 D. de pignor. (20, 1) Vgl. auch Hartmann, Lehre vom Geld S. 42, namentlich gegen den Irrthum, als ob die „gesuchte" Sache die Waare sei.

vorhanden sein kann, in keiner Weise geeignet, einen principiellen Unterschied zu begründen. Zu beachten ist dabei, dass Caelius Sabinus die andere Sache gleichwohl nicht direkt als Preis, sondern nur als Surrogat desselben — pretii nomine — bezeichnet.

In den Justinianischen Institutionen ist diese Mittelmeinung gar nicht erwähnt. Aber eine Spur derselben hat sich immerhin erhalten in folgendem Rescripte von Gordian[1]):

> Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine — licet non taxata quantitate — aliam possessionem dedit, idque quod comparavit ... evictum est, ad exemplum ex emto actionis non immerito id quod tua interest, si in patris iura successisti, consequi desideras. At enim si, cum venalis possessio non esset, permutatio facta est idque quod ab adversario praestitum est evictum est, quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis.

In dieser Stelle ist aber weder gesagt, dass die Parteien das Geschäft als „Kauf“ bezeichnet haben, noch dass es wegen der „Verkäuflichkeit“ der einen Sache ohne Weiteres als Kauf gelte; nur von einer Analogie des Kaufes ist die Rede und zwar zunächst hinsichtlich der Eviktion; in dieser Beziehung soll derjenige, der statt zu verkaufen zufälligerweise vertauscht, gleichwohl nicht anders gestellt sein. Dass die Analogie auch noch weiter geht und namentlich das Geschäft auch als Consensualcontrakt gilt, lässt sich, wie mir scheint, nicht mit Sicherheit aus dem Wortlaute folgern.

Insoferne ist also die Stelle mehr für den Tausch als für den Kauf von Interesse; sie ist insbesondere nicht geeignet, für den letzteren das Erforderniss des Geldpreises zu modificiren[2]).

§. 161.

Der Begriff des Tausches wird dadurch allein, dass die Parteien den Werth der Tauschobjecte in Geld veranschla-

1) L. 1 C. de rer. permut. (4, 64).

2) Vgl. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. 1 S. 463 fgg.; Leist ebendaselbst Bd. 18 S. 351. Die erstere Abhandlung enthält richtigere Ansichten als die zweite.

gen, nicht ausgeschlossen. Dies ist von selbst klar in den Fällen, wo jede Partei solche Veranschlagung für sich allein vornimmt; es ist aber nicht minder wahr auch dann, wenn die Veranschlagung auf gegenseitiger Verständigung und Uebereinkunft beruht. Ohne Reduktion auf den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes kann ein Tausch von einigermassen bedeutenden Objecten nicht leicht vorkommen [1]).

Das Charakteristische des Pretium ist gar nicht, dass es den Werth in Geld ausspricht, sondern dass es als Geldleistung gewollt wird. Die Abschätzung in Geld ist lediglich eine Verstandesoperation, die Setzung eines Preises dagegen ist Akt des Willens; wo das Geld von Anfang an nicht gewollt ist, liegt auch kein Kauf vor.

Daher ist es auch falsch, den Austausch von zwei Objekten auf Grund einer vereinbarten (oder gesetzlichen) Werthbestimmung als Doppelkauf aufzufassen. Auch wenn der eine Theil eine Daraufgabe in Geld bezahlt, liegt gleichwohl Tausch vor; daraus, dass die Daraufgabe gewollt ist, folgt nicht, dass auch die beiden Geldwerthe, soweit sie sich decken, gewollt sind. Vielmehr wollen die Contrahenten Sachen austauschen und ausserdem die Werthdifferenz durch die Geldleistung ausgleichen. (Oben S. 148).

Ein „Doppelkauf" liegt nur dann vor, wenn von Anfang an die beiderseitige Absicht auf Geldleistungen geht, die dann statt durch Zahlung durch Compensation getilgt werden. Aber auch in dieser Beschränkung ist der Begriff des Doppelkaufs überflüssig und daher schädlich. Die beiden Kaufgeschäfte stehen schlechterdings in keiner inneren Beziehung, auf welche gleichwohl der Ausdruck „Doppelkauf" hindeuten würde [2]).

Anders ist es nun auch nicht in dem Falle, wenn die eine

1) Vgl. L. 1 C. cit.

2) Hierher gehört z. B. der Fall, wenn gemeinschaftliche Sachen versteigert werden und die Communionsinteressenten sich an der Versteigerung betheiligen. Ebenso wird der „Umtausch" von Werthpapieren sich häufig als Combination zweier Kaufverträge darstellen. Ob ich meine Papiere beim Bankier A verkaufe und mit dem Gelde andere Papiere beim Bankier B kaufe, oder ob ich beide Geschäfte mit dem Bankier A abschliesse, ist für die empirische Absicht völlig gleichgiltig. — Ueber den doppelseitigen Kauf vgl. die neueste Darstellung von Gareis

Sache das Merkmal der res venalis hat. Abgesehen davon, dass auch in diesem Falle nicht einmal eine Abschätzung in Geld nöthig ist, wie in der L. 1 C. cit. noch zu allem Ueberflusse hervorgehoben wird, so könnte man doch, selbst wenn diese Voraussetzung gegeben ist, nur zu der Annahme gelangen, dass bezüglich der einen Sache, der res venalis, der Geldwerth in erster Linie gewollt sei. Die gleiche Annahme bezüglich der anderen Sache wäre völlig willkürlich.

§. 162.

Damit kommen wir ganz von selbst auf ein weiteres Verhältniss. Es kann nämlich auch Hingabe an Zahlungsstatt [1]) vorliegen.

Dieselbe ist immer ein Surrogat; darin liegt der principielle Gegensatz zum Tausche, der auf ursprünglicher Absicht beruht.

Man kann daher auch sagen: die datio in solutum beruht auf einer combinirten Absicht, die primäre ist auf den Preis, die secundäre auf das Ersatzmittel gerichtet.

Deshalb setzt die datio in solutum vor Allem genügende Bestimmung des Preises voraus, dergestalt dass derselbe auch direkt bezahlt werden könnte. Also kann auch das Austauschen einer res venalis nicht ohne Weiteres als Kauf mit datio in solutum betrachtet werden (S. 170).

Genauer ist darüber das Folgende zu sagen:

I. Gar keine Schwierigkeit macht die nachträglich verab-

a. a. O. S. 545, wo die Funktion des Preises als blosen Werthmessers und des Preises als gewollten Aequivalents nicht genügend unterschieden ist. „Juristische Verschmelzung zweier Kaufgeschäfte“ ist eine juristisch unklare Redensart. — Die beiden Kaufverträge bleiben getrennte Geschäfte, auch wenn die Compensation zum Voraus bedungen, und auch dann, wenn die Giltigkeit des einen Geschäfts bedingungsweise von der des andern abhängig gemacht wird. — Aus älterer Zeit vgl. Leist a. a. O. — Im Wesentlichen wie hier Thöl, H.R. §. 251, wo namentlich A. 2 eine durchaus zutreffende Kritik der Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 5 S. 418—423 gegeben ist.

1) Vgl. im Allgemeinen Windscheid §. 342 Anm. 10—14. Die Frage, inwiefern die datio in sol. selbst einen Kauf enthält, gehört natürlich nicht in diesen Zusammenhang.

redete datio in solutum [1]), (die übrigens natürlich auch mit Beziehung auf einen Tausch vorkommen kann).

II. Ist dagegen schon beim Kaufvertrage selbst die datio festgesetzt, so ist wieder der Fall auszuscheiden, dass dies in alternativer Weise geschehen, namentlich also dem Käufer die Wahl offen gelassen ist. An sich ist ja auch eine alternative Verbindung von Kauf und Tausch möglich, allein diese Absicht ist doch entschieden fernerliegend, als die des Kaufes mit alternativer datio in solutum.

Dabei ist nur daran zu erinnern, dass im heutigen Rechte der Kaufpreis auch stillschweigend bestimmt sein kann; und wenn daher in einem solchen Falle der Verkäufer auf des Käufers ausdrückliche oder stillschweigende Frage, ob er bereit sei, ein gewisses Object als Gegenleistung anzunehmen, bejahend antwortet, so ist die Annahme des Tausches zwar nicht ausgeschlossen, aber keineswegs mit Nothwendigkeit gegeben. Daher würde ich insbesondere das Anbieten und Annehmen von Zahlungsmitteln, die nicht Währungsgeld sind, unter der angegebenen Voraussetzung nicht als Tausch, sondern als datio in solutum betrachten.

Mehr Schwierigkeit macht der Fall, wenn die von Anfang an verabredete datio in solutum exclusiv gemeint ist; es soll nur das Surrogat gefordert und geleistet werden.

Das charakteristische Merkmal ist, wie schon oben gesagt, nicht das, ob der Geldwerth ausgesprochen, sondern ob in erster Linie der Preis gewollt ist. Dies ist zunächst eine Interpretationsfrage. Und gerade hier scheint mir der Begriff der res venalis von erheblicher Bedeutung zu sein [2]). Wer eine Sache verkäuflich hat, der will in erster Linie Geld dafür erhalten; andere Tauschmittel erscheinen ihm lediglich als Surrogate. Ist daher diese Sachlage auch dem andern Theil bekannt [3]), und der Werth ist bestimmt oder bedarf wegen

1) Hierauf bezieht sich L. 9 C. de rescind. vend. (4, 44).

2) Im Wesentlichen übereinstimmend Thöl Handelsrecht §. 251 A. 5, der nur im Ausdrucke zu weit geht, indem er das Erforderniss der Preisbestimmung nicht hervorhebt.

3) Es ist Sache des Verkäufers ihn darauf aufmerksam zu machen; andernfalls muss er sich gefallen lassen, dass der Gegner die ihm günstigere Auffassung geltend macht. Vgl. L. 21 D. h. t.

Beschaffenheit der Umstände solcher Bestimmung nicht, so ist nicht Tausch, sondern Hingabe an Zahlungsstatt anzunehmen[1]). Liegt dagegen die Verkäuflichkeit nicht vor, wie z. B. bei Erbschaftstheilungen, so ist der Wille nicht zuerst auf das Geld und erst in zweiter Linie auf die Sache, sondern auf diese unmittelbar gerichtet; es ist also Tausch vorhanden.

Demnach ergibt sich also — in Ermangelung ausdrücklicher und ausreichender Verabredung — folgende Combination von Fällen:

1) die eine Sache ist verkäuflich, und als solche dem Gegner bekannt, auch liegt ausdrückliche oder stillschweigende Werthbestimmung vor; — Kauf mit datio in solutum.

2) Beide Sachen sind verkäuflich unter den entsprechenden Voraussetzungen wie oben; zwei Kaufverträge mit Compensation des Kaufpreises.

3) Keine der beiden Sachen ist verkäuflich; hier ist ohne Rücksicht auf Taxation Tausch vorhanden.

§. 163.

Es kann zwar nicht unsere Aufgabe sein, die Theorie vom Tausche und von der Hingabe an Zahlungsstatt hier im Einzelnen darzustellen. Aber gleichwohl würde die vorhergehende Erörterung unvollständig bleiben, wenn wir nicht wenigstens die hauptsächlichsten praktischen Verschiedenheiten, die zwischen den drei Verhältnissen bestehen, kurz hervorheben wollten. Denn wenn es wahr wäre, was ja auch schon behauptet worden ist, dass solche Verschiedenheiten, wenigstens zwischen Kauf und Tausch, überhaupt nicht mehr existiren,

1) Allerdings ist dies nicht die Meinung der L. 1 C. cit., die ausdrücklich zwischen dem Fall der Werthbestimmung und dem des Mangels derselben — wo also Kauf schlechthin ausgeschlossen ist — keinen Unterschied anerkennt. Allein man wird bedenken müssen, dass die Verabredung künftiger datio in solutum den Römern überhaupt kein sehr geläufiges Geschäft war. Ist zudem der in L. 1 C. erwähnte Handel als unbenannter Realcontrakt aufzufassen, so ist für Verabredung der datio in sol. ohnehin kein Raum. Jedenfalls werden wir uns durch ein gordianisches Reskript in unserer Construktion nicht allzusehr bestimmen lassen dürfen.

so wäre auch die Feststellung theoretischer Unterscheidungsmerkmale ohne allen Werth.

Zunächst sind nun

1) jetzt die drei Verträge Consensualcontrakte.

Dass der Tausch Realcontrakt war, ist bekannt [1]). Die nachträgliche Verabredung der datio in solutum bedurfte der Form der Stipulation, die sofort getroffene Verabredung war als pactum adiectum klagbar; ein Beispiel davon ist mir aber in den Quellen nicht vorgekommen. Fehlte es an ausdrücklicher Festsetzung des Preises, so waren die Römer offenbar geneigter, einen Tausch anzunehmen. (S. 175 A. 1).

2) Gibt es demnach beim Tausche keine Vorleistung mehr, so kann auch bezüglich derselben das Erforderniss der Eigenthumsübertragung nicht festgehalten werden [2]). Entweder müssen beide Sachen nach Analogie der Kaufobjecte behandelt werden oder keines. Da nun ohne Zweifel die erstere Alternative richtig ist, so erzeugt der Tausch doppelseitige Eviktionsansprüche [3]).

Das römische Recht verhält sich in dieser Beziehung wie folgt:

a) Die doppelseitigen Eviktionsansprüche sind bereits anerkannt in L. 1 §. 1 D. cit.:

Unde si ea res quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

Es kann sich nur fragen, wie sich hiezu der sofort in §. 2 folgende Ausspruch verhält: Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem; hiernach ist der Eigenthumserwerb bezüglich der Vorleistung Voraussetzung der Giltigkeit der Obligation. Aber ein Widerspruch ist nicht vorhanden. Die zweite Stelle sagt, dass der Empfänger der fremden Sache nicht zu warten braucht, bis Eviktion eintritt. Er kann sofort, sobald die Eigenschaft der Sache als fremder hervortritt, die Rückgabe seiner Leistung mit der condictio ob causam datorum verlangen, beziehungsweise einredeweise die Erfüllung verweigern. Die erstere dagegen denkt an den Fall wirklicher Eviktion; hier tritt actio in factum ein.

1) L. 1 §. 2 D. de rer. permut. (19, 4).

2) L. 1 §. 3 D. eod.

3) v. d. Pfordten Abhandlungen S. 294; anderer Ansicht Wind-

Ebenso kann im Falle, dass die Gegenleistung nicht erfolgt, welchem Falle der andere, dass sie nicht gehörig erfolgt, gleichsteht, sowohl auf das Interesse als auf Rückgabe der eigenen Leistung, dort mit actio praescriptis verbis, hier mit condictio c. d. geklagt werden [1]). Wirkliche Eviktion der Gegenleistung ist auch hier keine Voraussetzung des Anspruchs.

b) Es greift nun aber die L. 1 C. cit. modificirend ein. Gibt nämlich der Vorleistende eine res venalis, so hat der andere Theil eine Klage nach Analogie der actio ex emto. Worin besteht denn nun aber diese Analogie? Sagt man, darin, dass das Interesse verlangt werden kann, so steht dem das Bedenken entgegen, dass ja doch auch beim Tausche der res non venalis eine actio in factum zusteht, welche keinen anderen Inhalt hat als das Interesse, wie dies in L. 1 §. 1 D. cit. anerkannt ist [2]). Auch ist im Schlusssatze unserer Stelle ausdrücklich hervorgehoben, dass der Berechtigte, wenn das besondere Merkmal der res venalis nicht vorliegt, zwischen actio praescriptis verbis und condictio die Wahl hat [3]).

Demnach scheint eine andere Auffassung geboten zu sein, nämlich die, dass im Falle der res venalis nur die Klage nach Analogie der actio ex emto stattfindet und nicht alternativ concurrirend auch die condictio ob causam datorum. Der Vorleistende, welcher eigentlich verkaufen wollte, soll in Beziehung auf Eviktion nicht schlechter gestellt sein, wie wenn er verkauft hätte [4]) (S. 171).

Wie dem auch sei, für das heutige Recht ist die Con-

scheid §. 398. Es besteht hier keine Veranlassung, genauer auf die Controverse einzugehen.

1) L. 1 §. 4 D. eod. nach der Mommsen'schen Lesart; vgl. L. 5 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5).

2) Vgl. auch L. 2 C. de rer. permut. (4, 64), wo die bona fides betont ist. Auch die L. 29 C. de evict. (8, 45) gibt eine Klage auf das Interesse ohne Rücksicht auf das Merkmal der res venalis.

3) Etwas anderes als diese Wahl können doch die Worte: si hoc elegeris nicht bedeuten wollen.

4) Die Rückgängigmachung des Geschäfts kann für ihn nachtheiliger sein als die Leistung der Entschädigung. Ich verkenne nicht, dass diese Erklärung durch den Wortlaut der Stelle nicht gerade nahe gelegt wird: die Entscheidung lautet weit eher so, wie wenn sie dem Anfragenden einen Vortheil einräumen, nicht eine Beschränkung aufer-

diktion ausgeschlossen; dann fällt aber auch das Besondere der res venalis weg; in jedem Falle hat der Benachtheiligte nur Entschädigungsansprüche nach Analogie der actio ex emto; das Eigenthümliche ist nur, dass dieselben doppelseitig vorkommen können. —

Die datio in solutum dagegen ist Surrogat der Preiszahlung; der Empfänger soll durch dieselbe in die nämliche rechtliche Lage gebracht werden, wie durch die Zahlung selbst. Deshalb kann bei mangelnder Eigenthumsübertragung die Sache sofort zurückgegeben und auf den Kaufpreis zurückgegriffen werden; es kann aber auch der Erwerber, wenn er will, Entschädigung nach den Grundsätzen der Eviktion verlangen. Vermöge dieses Wahlrechts ist die datio in solutum dem Verkäufer vortheilhafter als der Tausch.

3) Weder das subjectiv noch das objectiv funktionelle Synallagma ist auf den römischen Tausch anwendbar; insbesondere ist kein Zweifel darüber, dass das Eigenthum der Vorleistung sofort auf den Empfänger übergeht [1]). Für den heutigen Tausch steht zunächst die Statthaftigkeit der exceptio non adimpleti contractus fest: ich glaube aber auch, dass das objectiv funktionelle Synallagma darauf anzuwenden ist, umsomehr als die heutige Rechtsanschauung dasselbe wesentlich als Ergänzung des Parteiwillens aufzufassen geneigt ist; dieser aber ist gerade in Beziehung auf Credit beim Tausche kein anderer als beim Kaufe. Es ergibt sich aber auch hier wieder eine doppelseitige Wirkung, insoferne der Eigenthumsübergang der zuerst geleisteten Sache aufgeschoben bleibt.

4) Auf den Tausch sind die ädilitischen Klagen längst erstreckt, so dass sie sich auf beide Objecte beziehen [2]). Bei der datio in solutum kann der Verkäufer jedenfalls, wenn er will, ebenfalls nach Analogie der actio quanto minoris einen Ersatz der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Werth der Sache verlangen; er kann aber auch nach Analogie der redhibitoria die Sache zurückgeben, womit dann die Preisforderung wieder auflebt.

5) Für das Perikulum stellt das römische Recht den mit unserem Principe (S. 99 fgg.) ganz übereinstimmenden Satz auf,

legen wollte. Aber sprachlich unmöglich ist auch diese Erklärung nicht und durch den Zusammenhang scheint sie mir gefordert zu sein.

1) L. 4 C. de rer. perm. (4, 64).

2) L. 19 §. 5 D. de aed. edict. (21, 1); L. 2 D. de rer. perm. (19, 4).

dass dasselbe bezüglich der Gegenleistung im Augenblicke der Vorleistung auf den Vorleistenden übergeht; seine Sache ist es, bezüglich der Empfangnahme die Initiative zu ergreifen [1]). Für das heutige Recht muss dagegen in Ermangelung besonderer Verabredung folgender Satz aufgestellt werden. Jeder Contrahent trägt das Perikulum in Beziehung auf das vom Gegner zu leistende Objekt, denn Jedem liegt bezüglich der Empfangnahme desselben die Initiative ob: auch die Gefahr ist also doppelseitig [2]).

Bezüglich der datio in solutum lässt sich die Behauptung, dass den Empfänger die Initiative der Empfangnahme treffe, nicht ohne Weiteres aufstellen. Liegt dem Verkäufer in Beziehung auf den Preis diese Initiative nicht ob (vgl. H.G.B. Art. 325), so kann er auch nicht ohne Weiteres durch datio in s. in eine schlechtere Lage gebracht werden. Die dem Käufer bezüglich des Preises zugewiesene Initiative geht in Ermangelung besonderer Verabredung auch auf das Surrogat über; den Käufer trifft also bezüglich des Ersatzmittels die Gefahr so lange, bis er mit demselben diejenigen Erfüllungshandlungen vorgenommen hat, die ihm auch bei der Preiszahlung obgelegen hätten [3]).

Aus diesen Andeutungen ergibt sich, dass zwischen Kauf, Tausch und Hingabe an Zahlungsstatt allerdings noch manchfache praktische Verschiedenheiten bestehen und auch fernerhin fortdauern werden [4]).

1) L. 10 C. de condict. ob c. d. (4, 6); L. 5 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5). Widersprechend scheint L. 16 D. de cond. c. d. (12, 4). Der Widerspruch verschwindet, wenn man den Tod des Sklaven in die Zeit vor der Vorleistung verlegt; wäre Kauf vorhanden, so wäre auch schon in diesem Stadium, sofort nach der Verabredung, die Gefahr übergegangen. Für diese Erklärung kann auch auf den Wortlaut: mortuus est Bezug genommen werden. Vgl. über sonstige Ansichten: Erxleben, die Condictiones II S. 386 fgg.

2) Gehen daher beide Objecte durch Zufall unter, so ist die Obligation überhaupt erloschen.

3) Man braucht sich nur Papiergeld oder ausländische Münzen als solche Surrogate vorzustellen, um die Richtigkeit dieses Satzes sofort zu erkennen.

4) Am weitesten in der Identificirung von Kauf und Tausch geht wohl Endemann Handelsrecht §. 102 in Consequenz seiner Auffassung des Werths als des eigentlichen Verkehrsobjects.

Fünftes Kapitel.

Die Zweiseitigkeit des Kaufvertrags.

§. 164.

Der Kauf ist ein wesentlich zweiseitiges Verhältniss. Für den Naturalkauf ist dieser Satz ausser allem Zweifel, einseitiges Geben und Nehmen ist weder Verkauf noch Kauf. Nicht anders verhält es sich aber auch mit dem Consensualcontrakte. Derselbe ist kein bloser Vorvertrag, sondern der Kauf selbst mit hinausgeschobener Erfüllung (S. 82, 96). Auch er ist also nothwendig zweiseitig; gerade nur die Erfüllung kann hier möglicher Weise einen einseitigen Charakter annehmen[1]).

Die hiermit vertretene Ansicht, welche die Zweiseitigkeit als wesentliches Moment des Vertrages selbst, nicht erst der Erfüllung auffasst, ist keineswegs allgemein anerkannt. Sehen wir dabei auch ab von der ebenso ungeschichtlichen als in sich widerspruchsvollen Auffassung, welche das juristische Synallagma im Kaufe überhaupt läugnet[2]), und von der nach der andern Seite hin extremen und ebenfalls schwer fassbaren Theorie, welche nur eine Obligation mit wechselseitigen Leistungen annimmt[3]), so ist bekannt, dass Keller das Synallagma wesentlich in den Vollzug verlegt; die Verbindlichkeit jedes Theils ist zu leisten gegen Empfang der Gegenleistung; die letztere ist als solche gewissermassen gar nicht in obligatione, sondern in condicione[4]). In der That ist also der Contrakt eigentlich nur die Summe von zwei symmetrischen

1) Vgl. Bd. I S. 540 fgg.

2) Dernburg, Compensation (2. Aufl.) §. 8, 10.

3) Liebe, Stipulation S. 248 fgg.

4) Keller, Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd 4 S 337 fgg.; Pandekten §. 243. Die Nachfolger von Keller haben seine Lehre nicht tiefer begründet. Literatur bei Windscheid §. 321 A. 2.

Vorverträgen; besteht auch nur einer derselben zu Recht, so wird dadurch an dem thatsächlichen Resultate nichts geändert; das negotium claudicans verursacht daher im Wesentlichen keine Schwierigkeit [1]).

Es ist leicht einzusehen, dass für diese Ansicht die exceptio non adimpleti contractus, die doch quellenmässig bezeugt ist, völlig verloren geht. Sie zu retten, bezweckt die Theorie von Windscheid. Nach ihm [2]) ist die richtige Formulirung nicht: jeder Contrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung; sondern: jeder Contrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Contrahent sie erfüllt. Im Uebrigen lehrt auch Windscheid, dass die Obligationen, welche ein zweiseitiger Vertrag erzeugt, nicht in der Weise von einander abhängig seien, dass die eine nicht ohne die andere bestehen oder entstehen [3]) könnte; sondern jede erzeugte Obligation bestehe getrennt von der andern; nur könne keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat. Lassen wir dabei das „Bestehen" ganz auf sich beruhen — denn dass die eine Obligation ohne die andere bestehen kann, ist unbestreitbar — und halten uns an das „Entstehen", so scheint mir nur zwischen zwei Möglichkeiten die Wahl vorzuliegen. Entweder man nimmt an, dass eine Gegenleistung auch ohne darauf gerichtete Obligation möglich ist; dann sind wir wieder bei der Keller'schen Theorie angelangt; oder man nimmt das Gegentheil an; dann ist absolut nicht einzusehen, woher gleichwohl die Gegenleistung kommen soll; und wir be-

1) Vgl. Bd. I S. 569.

2) Pandekten §. 321.

3) §. 93 A 1, §. 321. „— wenn eine solche Verbindlichkeit für die Gegenpartei entsteht, kann die nicht verbundene Partei Erfüllung derselben nicht verlangen, ohne ihrerseits das zu leisten, was sie wenn auch ungiltig versprochen hat." — „Bei dem gegenseitigen Vertrage kann sehr wohl die Verpflichtung des einen Contrahenten ohne die des andern bestehen." Auch durch die Bezugnahme auf die ‚Absicht' des Vertrages (§. 321 A. 23) ist nicht viel gedient. Die Absicht geht auf gegenseitige Verpflichtung; kann dieselbe rechtlich nicht erfüllt werden und sie tritt gleichwohl in Wirksamkeit, so sind wir wieder bei der Fiktion angelangt.

finden uns dann in Wahrheit vor einer Fiktion; die Obligation, die nicht entstanden ist, wird behandelt als wäre sie entstanden. Das Versprechen, obschon es keine Obligation erzeugt, wird behandelt, als ob es eine solche erzeugt hätte, denn es muss zum Zwecke der Erlangung der Gegenleistung erfüllt werden.

Wir unsererseits halten dagegen an der Auffassung fest, die schon im ersten Bande unter der Bezeichnung des „genetischen Synallagma“ vorgetragen ist. Der Vertrag ist zweiseitig, mag er als Real- oder als Consensualgeschäft auftreten, nur mit dem Unterschied, dass im ersteren Falle die Leistungen, unbeschadet der Zweiseitigkeit, zeitlich auseinanderfallen können, während im zweiten Falle die Zweiseitigkeit zugleich nothwendig Gleichzeitigkeit der Entstehung in sich schliesst.

Gegenüber dieser Regel gibt es eine Reihe von Erscheinungen, die den Eindruck von Ausnahmen zu machen geeignet sind.

Zu diesen scheinbaren Ausnahmen rechne ich nicht:

1) die Offerte. Nach römischem Rechte ist sie ganz unverbindlich; nach Handelsrecht bindet sie zwar vorübergehend, aber eben nur als Offerte. Die Vorstellung eines nur nach einer Seite verpflichtenden Vertrages kann hier überhaupt nicht entstehen.

2) Der ungiltige Kaufvertrag kann gleichwohl gewisse einseitige Wirkungen hervorbringen. Allein dieselben sind gar nicht rechtsgeschäftlicher Art, sondern Wirkungen des Vertragsschlusses als eines Schaden erzeugenden Thatbestandes.

3) Auch der Vorvertrag gehört nicht hieher. Denn, soferne er einseitig ist — und das Gleiche gilt auch von sonstigen einseitigen Verpflichtungen zum Kaufen oder Verkaufen — fehlt jeder Schein, als wäre er selbst schon ein wenn auch anomaler Kaufvertrag. Soferne aber die Möglichkeit eines zweiseitigen Vorvertrages überhaupt anerkannt wird, liegt ja die Gränzlinie gegenüber dem Hauptvertrage nothwendig in ganz anderen Punkten.

Es bleiben also nur die Fälle übrig, wo ein wirklicher, gegenwärtiger Kaufvertrag vorliegt, dessen Existenz aber gleichwohl keine oder keine gleichmässig zweiseitige ist. Diese Fälle, unter sich selbst ungleichartig, sind die Folgenden:

1) Das s. g. negotium claudicans,

2) der suspensiv bedingte Kauf auf Probe,

3) die emtio spei und die daran sich anschliessenden sonstigen Fälle des aleatorischen Kaufes [1]).

Erster Abschnitt.

Das hinkende Geschäft.

§. 165.

Trotz seiner geringen praktischen Bedeutung bedarf das s. g. hinkende Geschäft einer eingehenden Untersuchung; gerade durch dieselbe gelangt Begriff und Wesen der dem Kaufe innewohnenden Zweiseitigkeit zu besonders klarer Erkenntniss [2]).

Vor Allem ist aber das Gebiet des negotium claudicans vorläufig gegen verwandte Gebiete abzugrenzen, um damit eine sichere Grundlage für die folgende Erörterung zu gewinnen.

1) Das hinkende Geschäft erzeugt, worüber kein Zweifel besteht, wenigstens einen einseitigen Anspruch auf Erfüllung. Darin liegt der Unterschied von dem schon im vorigen Paragraphen erwähnten Falle, wo der Kauf nur einen einseitigen Anspruch auf Entschädigung erzeugt. Ebenso

2) ergreift die Mangelhaftigkeit der einen Seite nicht auch die andere, im Gegensatze zur Anfechtbarkeit, deren Geltendmachung die Wirksamkeit des Geschäftes nach beiden Seiten hin zerstört. Auch wo ein Anfechtungs- oder Restitutionsgrund besteht, hat die eine Partei die Entscheidung über die Wirksamkeit des Geschäftes in Händen; dies ist also offenbar nicht der ausschlaggebende Punkt [3]).

3) Die Eigenthümlichkeit des hinkenden Geschäftes beruht nicht auf der besonderen, sei es empirischen sei es juristischen

1) Der eigenthümliche Fall der L. 20 §. 2 D. locati (19, 2) bleibt einem späteren Zusammenhange vorbehalten.

2) Weder vom Standpunkte der Keller'schen noch der Dernburgischen Theorie macht das hinkende Geschäft besondere Schwierigkeiten. Vgl. Keller im Jahrbuch a. a. O. S. 353, 373, 385. Dernburg a. a. O. S 64 fgg.

3) Vgl. L. 13 §. 27, 28 D. de a. e. v. (19, 1).

Beschaffenheit des Entschlusses der Contrahenten, sondern auf objektiven Merkmalen. Darin besteht der Gegensatz zu den Fällen, wo die Entscheidung über die Existenz des Geschäfts vertragsmässig oder durch gesetzliche Vorschrift dem einen Contrahenten anheimgestellt ist. Namentlich ist die Zusammenstellung des hinkenden Geschäfts mit dem Kauf auf Probe — wie sie in unserer Literatur nicht selten vorkommt — verfehlt und kann nur verwirrend wirken. Das hinkende Geschäft ist in seiner Existenz entschieden, nur dass diese selbst keine normale ist. Der Kauf auf Probe gestaltet sich entweder zu einem normalen Geschäfte oder er fällt vollständig dahin. So gehören denn auch weder gesetzliche noch vertragsmässige Befugnisse des einseitigen Rücktritts in das Gebiet des negotium claudicans [1]).

Allerdings ist auch in Beziehung auf das negotium claudicans die Ansicht aufgestellt worden, dass die Existenz, nicht der Vollzug des Geschäfts von der Entscheidung des einen Theils abhänge, welche abzuwarten der andere Theil gebunden sei. Damit wäre zwar eine nähere Verwandtschaft mit dem Kauf auf Probe hergestellt, aber doch auch nicht mehr als eine Verwandtschaft. Das negotium claudicans wäre dann eine Offerte, an welche der Offerent auf unbestimmte Zeit gebunden ist, während der Kauf auf Probe ein bedingt abgeschlossener Vertrag ist, dessen Eigenthümlichkeit in der Beschaffenheit der Bedingung liegt.

Jene Ansicht ist von hervorragenden Autoritäten, namentlich von Savigny und Puchta vertreten [2]), dann von Brandis in seinem noch immer werthvollen Aufsatz „über absolute und relative Nichtigkeit“ [3]) gut widerlegt und seitdem ziemlich allgemein aufgegeben worden [4]). Von einer besonderen Erör-

1) Daher gehört auch Art. 320, 321 des H.G.B. nicht hieher. Noch viel weniger R.K.O. §. 15 fgg. — Vgl. Windscheid §. 321 Z. 5 (II, S. 238.)

2) Savigny System Bd. III S. 40; Bd. IV S. 541; Puchta Pandekten §. 232. Im Wesentlichen liegt diese Auffassung auch dem preussischen Landrecht I, 5 §. 11—13 und dem österreichischen Gesetzbuch §. 865 zu Grunde. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 75 fgg.; auf das gemeine Recht geht derselbe nicht näher ein.

3) Zeitschrift für Civilrecht und Praxis Bd. 7 S. 121 fgg., 157 fgg.

4) Vgl. z. B. Vangerow Bd. I S. 578; Arndts §. 234; Wind-

terung derselben kann daher hier Umgang genommen werden; ihre Unhaltbarkeit wird sich aus den folgenden Ausführungen ohnedem von selbst ergeben.

Die einzelnen Fälle aber, die hiernach in das Gebiet des negotium claudicans fallen, sind die folgenden [1]:

1) das Kaufgeschäft des Sklaven,
2) das der auctoritas tutoris ermangelnde Kaufgeschäft des impubes infantia maior;
3) der auf Seiten des Käufers wissentliche Kauf der res furtiva.

Von diesen drei Fällen nimmt der letzte insofern eine einigermassen besondere Stellung ein, als die Mangelhaftigkeit der Verpflichtung bei vollkommener Berechtigung hier auf ethischen, nicht auf streng juristischen Gründen beruht. Der erste Fall ist aus dem praktischen Rechte verschwunden; theoretisch dagegen hat gerade er die grösste Bedeutung, und es kann der herrschenden Darstellung der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass sie sich durch Uebersehen desselben den Einblick in das wahre Wesen des negotium claudicans erschwert hat [2].

§. 166.

Der Sklave kann seinem Herrn direkt erwerben, Sachen und Forderungen; aber er kann ihn nicht civilrechtlich verpflichten.

Mit diesen Sätzen ist ganz von selbst das für den gesammten römischen Verkehr überaus wichtige Problem gegeben: welche rechtliche Bedeutung hat das vom Sklaven geschlossene Kaufgeschäft?

Man darf nicht glauben, dass diese Frage nur innerhalb des Consensualcontrakts von Bedeutung ist. Auch für

scheid §. 321 A. 23. Neuerdings ist jene ältere Ansicht ohne neue Begründung reproducirt worden von Mommsen Beiträge Bd. III S. 417 Die Wächter'schen Pandekten, wo Bd. I S. 424, 432, II S. 336 das Verhältniss als „heilbare" Nichtigkeit aufgefasst wird, kann man nicht zur neueren Literatur rechnen. — Jedenfalls sollte man sich für diese Theorie nicht auf L. 3 §. 2 D. mand. (17, 1) berufen.

1) Windscheid §. 321 A. 22.

2) Selbst ein so gründliches Werk wie Schwanert's Naturalobligation hat diesem Verhältnisse nur geringe Beachtung zugewendet.

den Naturalkauf ergibt sich, wenn der Sklave verkauft, die Frage nach der rechtlichen Beschaffenheit der Garantie.

Vor Allem ist nun hervorzuheben, dass die römischen Juristen den vom Sklaven abgeschlossenen Kaufvertrag als einheitliches Geschäft auffassen und geradezu als Contrakt des Sklaven bezeichnen [1]).

Damit ist die Grundlage des Synallagma gewahrt. Dass die aus dem einheitlichen Vertrage entspringenden Wirkungen ihre verschiedenen Wege gehen, die Forderung dem Herrn erworben ist, die Verbindlichkeit nicht, diese Erscheinung ist kein Gegenargument [2]); denn das genetische Synallagma erfordert nur eine wechselseitige Bedingtheit der Entstehung, nicht aber eine Gleichartigkeit oder Symmetrie der Wirkungen. Das Kaufgeschäft des vollkommen handlungsfähigen Haussohnes erzeugt zweiseitige Wirkungen von ganz gleicher Stärke; gleichwohl entsteht auch hier nach klassischem Rechte jede der beiden Wirkungen in einer andern Person.

So bewährt sich denn die Einheitlichkeit des Geschäfts namentlich auch darin, dass die erworbene Forderung als Surrogat der verkauften Sache in das Pekulium und beziehungsweise die merx peculiaris eintritt [3]).

Auch ist es immerhin charakteristisch, dass, obschon der Erwerb der Forderung unmittelbar in der Person des Herrn eintritt, dieselbe gleichwohl mehrfach als Forderung des Sklaven bezeichnet wird, bezüglich deren dem Herrn nur die actio zusteht [4]). Daran schliesst sich die wichtigere Entscheidung, dass, wenn der Sklave kauft, die dem Herrn erworbene For-

1) L. 4 §. 1 D. de manum (40, 1); L. 1 D. de instit. (14, 3); L. 12 D. h. t.

2) A. A. Dernburg a. a. O. S. 75, und ihm theilweise folgend Mandry Familiengüterrecht Bd. I S. 147.

3) L. 7 §. 6 D. de pecul. (15, 1); L. 5 §. 12, L. 7 §. 3, L. 11 D. de tribut. (14, 4).

4) L. 1 D. de instit. (14, 3); L. 7 §. 6 D. de pecul. (15, 1) — aut si debitorem eius (des Sklaven) convenit dominus. L. 41 pr. D. eod. — quod servo debetur ab — extraneis, dominus recte petet. So wird auch vom Standpunkte natürlicher Auffassung der servus ordinarius als dominus des vicarius bezeichnet; L. 17 D. eod. Vgl. Schwanert Naturalobligation S. 283, dessen Consequenzen ich mir freilich nicht ohne Weiteres aneignen möchte.

derung den Charakter der Kaufforderung vollständig wahrt; der Herr wird nur dann Eigenthümer der Sache, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditirt ist. Das objectiv-funktionelle Synallagma ist also niemals verläugnet worden. Daher entscheidet sich bekanntlich auch die Frage, welchem von mehreren concurrirenden Interessenten die gekaufte Sache erworben ist, möglicher Weise erst durch den Umstand, mit wessen Geld der Kaufpreis bezahlt wird [1]).

Andererseits entsteht aber durch den Kauf auch eine Verbindlichkeit, die sich keineswegs blos in Gestalt der Retention geltend macht. Vielmehr handelt es sich um eine naturalis obligatio mit allen ihren Funktionen.

Zunächst dient dieselbe als Grundlage für die prätorische Haftung dritter Personen, also für die actio institoria, tributoria, de peculio u. s. w. Es genügt zum Beweise die allgemeine Verweisung auf die entsprechenden Pandektentitel; nur dies möge hier hervorgehoben sein, dass sich diese prätorische Haftung auf alle obligatorischen Beziehungen erstreckt, die möglicher Weise aus dem Geschäfte hervorgehen können [2]).

Nicht minder ist sie die Grundlage civilrechtlicher Verbürgung [3]); sie kann durch Acceptilation aufgehoben werden [4]). Der mit einem fremden Sklaven geschlossene Kaufvertrag reicht zur Verwirklichung der addictio in diem aus [5]).

§. 167.

Ein eigenthümliches Verhältniss ergibt sich dann, wenn der Sklave als Institor eines Dritten verkauft. Die Forderung erwirbt er gleichwohl direkt dem Herrn, während der

1) L. 24 pr. de a. e. v. (19, 1); L. 43 §. 2 D. de a. r. d. (41, 1). — Anders beim Miteigenthum; L. 27 D. de stipul. serv. (45, 3). Vgl. L. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12, 1).

2) L. 17 pr. D. de inst. (14, 3); L. 57 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

3) L. 24 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1). Servo vendente hominem fidejussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur si pro libero fidejussisset.

4) L. 8 § 4, L. 11 §. 1 D. de acceptil. (46, 4). Vgl. Erman, zur Geschichte der röm. Quittungen S. 53.

5) L. 14 §. 3 D. de in diem addict. (18, 2). Im Zusammenhange der gesammten Erörterung der L. 14 D. cit ist diese Entscheidung von besonderem Interesse.

Präponent dem anderen Contrahenten mit der actio institoria (utilis) haftet. Deshalb kann jener vom Herrn die Abtretung der Klage beanspruchen, und zwar aus dem Geschäfte, auf Grund dessen der Sklave als Institor dient (Miethe oder Mandat) [1]).

Weiter kann es daher geschehen, dass der Herr selbst von seinem Sklaven die Sache des Präponenten kauft. Dieser Fall bietet das ganz besondere Interesse dar, dass das Geschäft nach beiden Seiten hin nur naturale Obligationen erzeugen kann; gleichwohl ist dasselbe als giltiger Kauf mit aller Entschiedenheit anerkannt. Denn

1) es ist die Grundlage von Eigenthumserwerb, possessio und usucapio pro emtore u. s. w. [2]).

2) Der Sklave kann dem Herrn nicht eine Forderung gegen sich selbst erwerben und von Abtretung an den Präponenten ist also hier keine Rede. Gleichwohl ist die Grundlage für einen Anspruch des letzteren vorhanden; mittelst der Klage aus dem zwischen ihm und dem Herrn bestehenden Geschäft oder mittelst der actio de peculio oder de in rem verso verlangt jener den Kaufpreis, während umgekehrt — darin liegt nichts Besonderes — der Herr gegen ihn die actio exercitoria oder institoria utilis anstellt [3]).

Wie wenig die Wirkung des Kaufes nach der verpflichtenden Seite auf die blose Retention beschränkt ist, ergibt sich hieraus von selbst: damit zerfällt auch die an und für sich sehr wohlfeile Behauptung, dass sich aus der blosen Retentionseinrede nicht auf das Dasein einer naturalis obligatio schliessen lasse. Und die Behauptung, dass noch Ulpian einen Kauf ganz ohne Synallagma gekannt habe (Dernburg),

1) L. 1 D. de inst. (14,3); L. 5 pr. D. de exercit. (14, 1). Die Entscheidung des umgekehrten Falles, dass der in solcher Lage befindliche Sklave kauft, ergibt sich von selbst. Eigenthümer der Sache wird der Herr ohne Rücksicht, mit wessen Geld gezahlt wird, (denn ein Pekulium vom Präponenten kann der Sklave nicht haben); aber der Herr ist zur Uebertragung an den letzteren verpflichtet.

2) L. 11 §. 8 D. de instit (14, 3), L 12 D. eod. Die erstere Stelle ist von Ulpian, die zweite von Julian

3) L. 5 pr. D. cit. (Paulus); L. 12 D. cit. (Julian).

wird sich angesichts der angeführten L. 11 D. cit. doch auch schwerlich aufrecht erhalten lassen[1]).

Betrachten wir nun aber die Retention selbst genauer, so ist die Grundlage derselben ohne Zweifel selbst gerade die naturalis obligatio. Keineswegs wird die Retention mit der ungerechtfertigten Bereicherung begründet, die andernfalls dem Herrn zufallen würde; sondern die vertragsmässige Gegenleistung in ihrem vollen Betrag bestimmt den Umfang derselben[2]).

So kann sich sogar das Resultat ergeben, dass im Wege der Defensive der Gegner mehr bekommt als mit Hilfe der Klage. Dies sagt Paulus in L. 57 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

Si servus mancipium emit et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est quam si omnia praestiterit quae huic actioni continentur; et quidem solida non peculiotenus; nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur[3]).

1) Die L. 12 D. cit. ergibt, wie beflissen schon Julian war, den synallagmatischen Charakter des Geschäfts gerade auch nach der obligatorischen Seite zu wahren. Wenn dagegen Ulpian in L 11 D. cit. sagt: licet dominus non sit obligatus, so steht bei dem schwankenden und wechselnden Sprachgebrauch der römischen Juristen — wovon sofort noch mehr zu sagen sein wird, nichts im Wege, diese Worte auf die direkt klagbare Obligation zu beschränken; für das justinianische Recht ist ohnedies mit Rücksicht auf L. 12 D. eod. eine andere Deutung nicht möglich. Dass Ulpian jedenfalls nicht die Lehre von der einseitigen Obligation aufstellen wollte, ergibt sich daraus, dass ja nicht einmal eine einseitige klagbare Obligation vorliegt.

2) Diese Erscheinung, die beim Pupillargeschäfte wiederkehrt, dient zur Entkräftung der Annahme, dass die Retention hier lediglich, wie etwa der Eigenthumsklage gegenüber, die Aufgabe habe, der Billigkeit zur Geltung zu verhelfen. Wäre dem so, so könnte eben nicht der Vertrag als solcher für den Umfang derselben bestimmend sein, sondern nur die Bereicherung.

3) Vgl. L. 31 §. 8 D. eod.; L. 38 §. 1 D. de peculio (15, 1); L. 6 §. 4 D. rer. amot. (25, 2). Dasselbe Princip gilt auch für die Compensation: L. 9 pr. D. de comp. (16, 3); Gai. III, 81, IV, 65. Hierauf beziehen sich auch die Worte der L. 31 §. 1 D. de r. cr. (12, 1) von Paulus; sed adjicere debuit Julianus, non aliter domino servi venditorem ex emto teneri quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. Der Schluss, den aus dieser Zurechtweisung Dernburg zieht, dass dem Julian

§. 168.

Hienach habe ich keinen Zweifel, dass die römischen Juristen der klassischen Zeit auch das Sklavengeschäft als einen synallagmatischen Vertrag aufgefasst haben, wobei das Unvoll-

die Retention noch unbekannt gewesen sei, scheitert schon an dem einzigen Umstande, dass Paulus selbst in der Parallelstelle, L. 22 §. 9 D. mandati (17, 1) sich der nämlichen Unterlassung schuldig macht. — Uebrigens ist die L. 31 D. cit. wohl in Folge irgend eines Versehens der Compilatoren nicht ganz durchsichtig redigirt und zu ihrer Erklärung muss sowohl die eben erwähnte Stelle als auch L 24 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1) herbeigezogen werden. Der Zusammenhang ist hienach folgender: a) Es muss, nach Analogie der L. 22 §. 9 D. cit. angenommen werden, dass die Tradition resp. Mancipation an den Dritten auf Veranlassung des Sklaven selbst erfolgt ist. Alsdann liegt ein Mandat vor, aus dessen Vollzug dem Herrn des Sklaven eine condictio entsteht. (Durch seinen Auftrag hat der Sklave den grundlosen Erwerb des Dritten auf Kosten des Herrn verursacht; in der Parallelstelle ist lediglich von actio mandati die Rede). Andererseits hat Titius die actio mandati contraria de peculio. Dieser erste Theil der Stelle ist fast wörtlich wiederholt in L. 24 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1). b) Der zweite Theil, der doch eine ganz andere Behandlung eintreten lässt, ist äusserlich kaum mit dem ersten verbunden. Die Worte „et hoc verum est, nam et Julianus ait", erwecken die Erwartung einer näheren Begründung des Vorhergehenden; vielmehr folgt aber etwas Neues. Ohne Zweifel ist hier ein Uebergang ausgefallen, nämlich die Hervorhebung des Gegensatzes, dass der Sklave selbst nicht als Auftraggeber thätig war. Dann fehlt jedes Rechtsverhältniss zwischen dem erwerbenden Dritten und dem Herrn; daher kann der Verlauf nur der nämliche sein, wie in L. 22 D. cit., wo der Gegensatz klar hervorgehoben ist, Abwickelung des Kaufs zwischen dem Herrn und dem Verkäufer und condictio indebiti des letzteren gegen den bonae fidei possessor. Klagt der Verkäufer gegen den Eigenthümer, so muss er diese Condiktion abtreten. Dass die noch vorhandenen nummi peculiares Gegenstand der Vindikation sind, darf nicht auffallen; da keine Gegenleistung an den Herrn erfolgt ist, war der Sklave auch zur Veräusserung derselben nicht befugt, und die Eigenthumsklage kann durch Einreden, die sich auf obligatorische Verhältnisse gründen, nur ausnahmsweise lahm gelegt werden; die Zulässigkeit der Vindikation ist also von der Anerkennung der Retention ganz unabhängig. Uebrigens besteht für diese Zulässigkeit auch ein materielles Bedürfniss, soferne das Pekulium kleiner geworden ist. Einen verwandten Fall behandelt L. 37 §. 1 D. de peculio (15, 1). Vgl. Cuiac. ad L. 24 D. de act. emt. (Opp. postum. IV, 828.)

kommene und „Hinkende“ gerade nur darin besteht, dass die eine Seite rechtlich stärker ausgebildet ist als die andere. Der klagbaren Obligation auf der einen Seite steht die klaglose auf der andern gegenüber [1]).

Dieses Resultat halte ich noch aus einem besonderen Grunde für wichtig. Denn es ist bei dem heutigen Stande der Wissenschaft ziemlich ausgemacht, dass sich der Begriff der naturalis obligatio zuerst gerade an den Sklavengeschäften entwickelt hat. Nicht minder dürfen wir es, bei allem sonstigen unausgetragenen Streit, als feststehend betrachten, dass diese Art von Naturalobligationen nicht aus dem ius gentium stammt. Sie ist vielmehr nichts anderes, als die normale Obligation, abgesehen von einem besonderen civilrechtlichen Mangel, der für die empirische Vorstellung und Absicht als solcher nicht in Betracht kommt [2]). Dieser Mangel ist hier die Rechtsunfähigkeit des Sklaven; für die natürliche

1) Gerade nur bei dieser Auffassung ist auch der Ausdruck negotium claudicans angemessen Viel Gewicht ist darauf freilich nicht zu legen, der Ausdruck selbst ist nicht quellenmässig.

2) Bahnbrechend sind in dieser Beziehung die Untersuchungen von Brinz, kritische Blätter III, und von Schwanert, die Naturalobligation (insbesondere S. 69 fgg, 155 fgg.). Vgl auch Scheurl in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 6 S. 487 fgg. und in Ihering's Jahrbüchern Bd. 7 S. 537; Bekker in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 397 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 401 A. 6. Brinz, Pandekten II S. 44 (zweite Aufl.) — Ich möchte namentlich noch auf folgenden Punkt aufmerksam machen. Als naturales obligationes wurden nur die Obligationen anerkannt, welche der Sklave auch als Freier hätte contrahiren können, wogegen solche Verabredungen, die sich gerade auf seine Eigenschaft als Sklave beziehen, z. B. Verabredung des Loskaufes, nicht dieselbe Wirkung haben. L. un. C. si serv. extero (4, 36) von Diocletian und Maximian: Si servus extero se mandat emendum, quamvis nec ex persona servi, quia liber homo hoc mandare non potest, nec ex domini persona, quoniam qui mandat ut a se res comparetur inutiliter mandat, consistere credebatur actio etc. Diese Stelle ist auch von Bedeutung für die Erklärung von L. 54 pr. D. mand. (17, 1). — Vgl. noch L. 49 §. 2 D. de pec. (15, 1) — ex causa civili. — Die Auffassung der naturalis obligatio als des natürlichen Thatbestandes einer obligatorischen causa ist von Tryphonin in zwei Stellen — L. 64 D. de condict. indeb. (12,6) und L. 31 §. 1 D. depositi (16, 3) besonders scharf hervorgehoben. Vgl. auch noch L. 17 pr. D. de furtis (47, 2).

Anschauung tritt derselbe um so mehr zurück, als ja sogar das Civilrecht die volle Handlungsfähigkeit desselben anerkennt. Gerade weil es sich dabei — wie Scheurl richtig bemerkt — um einen Mangel handelt, welcher dem obligatorischen Verhältnisse als solchem ganz fremd ist, kommt das letztere ihm gegenüber um so schärfer und klarer zum Bewusstsein. Für die empirische Absicht wie für die empirische Auffassung ist das Sklavengeschäft ein Geschäft wie ein anderes; und das praktische Bedürfniss treibt dahin, auch die rechtliche Differenz auf das geringste zulässige Maass herabzusetzen.

Freilich ist — was hier noch kurz erwähnt werden möge — bei den Römern selbst die Auffassung der naturalis obligatio schwankend, mehr vielleicht im sprachlichen Ausdruck als in der Sache.

Es fehlt nicht an Stellen, welche den Schwerpunkt der Schuld dergestalt in die klagbare Haftung legen, dass sie die Schuld ohne diese Haftung, die Forderung ohne Zwangsmacht überhaupt nicht als Obligation gelten lassen [1]).

Andererseits wird ebenso bestimmt ein debitum des Sklaven anerkannt, wobei dann eben die Vorstellung des obligatorischen Thatbestands, der durch den Mangel der Rechtsfähigkeit nicht ausgeschlossen wird, massgebend ist (factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem.)

Ebenso schwankend ist die Bedeutung von obligatum esse, was regelmässig allerdings gleichbedeutend ist mit actione teneri und insofern dem Sklaven abgesprochen wird; in anderen Stellen dagegen wird auch die in der Person des Sklaven eintretende verpflichtende Wirkung als obligatio und obligatum esse bezeichnet; am schärfsten vielleicht in L. 14 D. de O. et A. (44, 7) von Ulpian [2]):

1) So z. B. in besonders ansprechender Darstellung Papinian in L. 25 §. 1. D. quando dies (36, 2); bekannt sind ferner L 42 §. 1 D. de o. et a. (44, 7); L. 10, 54, 178 §. 3 D. de V. S. (50, 16); L. 105 D. de R. I. (50, 17). Hierher gehören auch die Stellen, welche das durch den Sklaven begründete Verhältniss nur mit einer Obligation vergleichen oder den Sprachgebrauch als missbräuchlichen bezeichnen. So Julian L. 16 §. 4 D. de fidejuss (46, 1), L. 24 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1); Ulpian L. 41 D. de peculio (15, 1).

2) Der selbst wieder auch den entgegengesetzten Sprachgebrauch hat. Siehe vorige Anmerkung.

Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur obligati remanent, ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant;

und von Paulus in L. 13 D. de condict. indeb. (12, 6):

Naturaliter etiam servus obligatur,

während der nämliche Jurist in L. 43 D. de O. et A. (44, 7) das gerade Gegentheil sagt:

servus autem ex contractibus non obligatur [1]).

§. 169.

Nicht ganz so einfach liegt die Sache bei dem ohne Auktorität des Vormunds abgeschlossenen Geschäfte des Pupillen [2]).

Denn hier gerade kann der Mangel der Verpflichtungsfähigkeit nicht so ohne Weiteres auf das positive Recht zurückgeführt werden. Umgekehrt wird man denselben vielmehr als einen natürlichen bezeichnen müssen: ein derartiger Widerspruch zwischen empirischer und positivrechtlicher Auffassung, wie beim Sklavengeschäft, liegt hier nicht vor [3]).

Darum ist die Schuld des Pupillen schon nach dieser empirischen Auffassung nicht klagbar, selbst dann nicht, wenn

1) Auch Julian sagt im Gegensatze zu anderen Aeusserungen (vgl. oben S. 192 A. 1) in L. 12 D. de inst. (14, 3): quod debitor servi tui factus esses; während Ulpian unmittelbar vorher, L. 11 D. eod., das Gegentheil sagt: licet non sit dominus obligatus. Vgl. auch L. 22 pr. D. de R. J. (50, 17), §. 6 I. de inut. stipul. (3, 19). — Der nämliche schwankende Sprachgebrauch wiederholt sich auch in Anwendung auf das obligatorische Rechtsverhältniss zwischen Hausvater und Hauskind; vgl. Schwanert a. a. O. S. 309, dessen Ausführungen über L. 2 pr. D. h. t. freilich irrig sind. — Mandry, Familiengüterrecht Bd. I S. 155 fgg. — Ueber den Sprachgebrauch überhaupt Schwanert S. 2 fgg. Charakteristisch ist auch L. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. (16, 1): totam obligationem Senatus improbat.

2) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 34 fgg., Keller im Jahrbuch des gem. R. 4, S. 372, Schwanert a. a. O. S. 362 fgg.

3) Vgl. Gai. I §. 189: sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatium iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit alterius tutela regatur. §. 6 I. de Atil. tut. (1, 20). Insoferne kann ich die Ansicht von Scheurl (Krit. Vierteljahrsschrift 6, S. 509, Ihering's Jahrb. 7, S. 348) nicht für ganz zutreffend halten.

sie auf dem so zu sagen natürlichsten aller Schuldgründe, auf der Hingabe als Darlehen beruht[1]); auch in Beschränkung auf die Bereicherung ist die Klagbarkeit erst durch kaiserliche Rescripte eingeführt worden.

Um so mehr ist die Stipulation des Pupillen wirkungslos; dergestalt, dass das darauf Gezahlte condicirt werden kann[2]).

Allein eine andere Frage ist gleichwohl die, ob der Pupill den verpflichtenden Thatbestand nicht wenigstens insoweit hervorbringen kann, als derselbe verpflichtende Wirkungen für Dritte erzeugt, oder insoweit, als es sich nicht um die verpflichtende, sondern um eine damit verbundene vortheilhafte Wirkung handelt. Von diesem Standpunkte aus scheint für das Civilrecht nicht die Verpflichtungs- sondern die allgemeine Handlungsfähigkeit des Pupillen in Betracht zu kommen; dieselbe zum Vortheil dritter Personen oder auch zum Nachtheil des Pupillen zu beschränken, dazu besteht keine zwingende Veranlassung[3]). Deshalb ist sogar die Stipulation des Pupillen die Grundlage accessorischer Verbindlichkeiten dritter Personen (Bürgen), und ebenso ist damit die liberatorische Wirkung der Novation verbunden. Insoferne ist also gleichwohl der Pupill dem Sklaven gleichgestellt[4]). Beiden fehlt

1) Dies ist der Sinn von L. 59 D. de O. et A. (44, 7); vgl. L. 1 D. loc. (19, 2), L. 84 §. 1 D. de R. J., Schwanert a. a. O. S. 79—82.

2) L. 41 D. de cond. ind. (12, 6).

3) Es liegt ein einigermassen analoges Verhältniss vor, wie bei dem gegen den Gewalthaber verübten Delikt des Gewaltuntergebenen. Auch dieses erzeugt zwar in der Person des Delinquirenden keine Verpflichtung, ist aber gleichwohl die Grundlage für die Verpflichtung dritter Personen. L. 17 pr. D. de furtis (47, 2): ipsi autem furti non tenentur. Im Uebrigen greift hier freilich die Strafgewalt des Gewalthabers eigenthümlich ein.

4) Gai. III, 118, 119; dass die Sponsion des Sklaven noch zu Gaius Zeiten nichtig war, beruhte auf formellen Gründen. Gai. III, 176; §. 3 I. quibusmod. obl. toll. (3, 29); L. 1 §. 1 D. de novat. (46, 2). Der Widerspruch mit der L. 20 §. 1 D. eod. löst sich wohl einfach dadurch, dass in der letzteren Stelle der Pupill nicht als Schuldner, sondern als Gläubiger gemeint ist (vgl. das Principium). Dass der Novation des Sklaven die liberirende Wirkung abgesprochen wird, beruht doch wohl auf der stillschweigend vorausgesetzten Form der sponsio. Gai. III, 177, 179.

die Verpflichtungsfähigkeit, wenn auch aus verschiedenen Gründen; aber beide können vermöge ihrer Handlungsfähigkeit auch einen verpflichtenden Thatbestand hervorbringen, nur dass die verpflichtende Wirkung gegen sie selbst nicht eintritt [1]).

Für das synallagmatische Verhältniss ergibt sich hieraus folgendes Resultat. Dasselbe kann nicht als einseitiges entstehen; das objective Erforderniss der Zweiseitigkeit kann nicht durch den Umstand, dass der Handelnde ein Pupill ist, beseitigt werden; der Thatbestand der Geschäfte des Pupillen ist kein anderer als der der Geschäfte des Geschlechtsreifen. Demnach ergibt sich lediglich die Alternative: entweder das Geschäft ist schlechthin ungiltig — die Verpflichtungsunfähigkeit des Pupillen zieht seine Handlungsunfähigkeit auch nach der erwerbenden Seite nach sich: dann ist der Pupill hier, gerade bei den wichtigsten Geschäften des Verkehrs, schlechter gestellt als bei den einseitigen Erwerbsgeschäften. Oder umgekehrt, der Pupill erzeugt den synallagmatischen Thatbestand, seine Handlungsfähigkeit überwiegt. Dies ist, wieder ganz ähnlich wie beim Sklaven, die Auffassung der klassischen Jurisprudenz.

Da nun aber eine Verpflichtung, die in der Person des Verpflichteten gar nicht wirkt, eben auch keine Verpflichtung ist, so ist damit von selbst die Vorstellung der natürlichen Verbindlichkeit gegeben, die zwar nicht die normalen rechtlichen Wirkungen äussert, aber gleichwohl als Verpflichtung besteht [2]). In der That werden denn auch die Bezeichnungen debitum, creditor u. s. w. darauf angewendet [3]). Sie ist die

1) Vgl. Schwanert a. a. O. S. 290.

2) Man denke an L. 59 pr. D. ad SC. Trebell. (36, 1) — remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. So kann man auch hier sagen, wegen des synallagmatischen Schuldgrundes entsteht eine naturalis obligatio. Auch bei der Novation handelt es sich zwar nicht um ein synallagmatisches, aber doch um ein causales Verhältniss.

3) z. B. L. 21 D. ad leg. Falcid. (35, 2); L. 44 D. de solut. (46, 3). Gar nicht hierher gehört L. 16 pr. D. de minor. (4, 4); gegenüber der obligatio naturalis als solcher, welche ein bloses vinculum aequitatis ist (L. 95 §. 4 D. de solut.), bedarf es keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; die Verneinung der letzteren ist also nicht zugleich Verneinung der ersteren.

Grundlage von Bürgschaft [1]), von Erlass [2]), von iusiurandum voluntarium [3]), von Compromiss, sofern für die poena compromissi ein Bürge bestellt ist [4]); ferner die Grundlage freiwilliger Zahlung des Schuldners sowie der Novation, sei es nach erreichter Mündigkeit, sei es noch während derselben mit auctoritas tutoris [5]).

Die bei weitem meisten Beispiele der Quellen gehören dem Gebiete der stricti iuris obligationes an. Wir haben aber auch ein unzweifelhaftes Beispiel aus dem Gebiete der bonae fidei negotia. Gegen den Pupillen, der die actio negotiorum gestorum contraria anstellt, lässt Ulpian [6]) die Compensation zu, und zwar auf den vollen Betrag der Gestio.

> Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius quod gessit patitur [7]).

Der in dieser Stelle liegenden Anerkennung der naturalis obligatio überhaupt und einer indirekten Wirkung derselben gegen den Pupillen selbst [8]) kann man nicht durch die Bemerkung entgehen, dass innerhalb des zweiseitigen Vertrages überhaupt nur der Saldo geschuldet werde [9]). Denn diese Ansicht, die überhaupt nicht zur Compensation, sondern zur Deduktion führen würde, ist selbst ganz unhaltbar.

1) L. 127 D. de V. O. (45, 1).

2) L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3).

3) L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2). Merkwürdig, dass der Eid des Pupillen gefasst ist auf se dare non oportere.

4) Ohne diesen braucht der Arbiter nicht zu entscheiden, da das Urtheil gegen den Pupillen nicht erzwingbar ist; quia poena non tenetur. L. 35 D. de recept. (4, 8).

5) L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5).

6) Der nach Dernburg beim zweiseitigen Vertrage die Retention noch nicht gekannt haben soll; vgl. dagegen auch L. 31 §. 8 D. de aed. ed. (21, 1).

7) L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5). Es beruht ersichtlich auf einer vorgefassten Meinung, wenn Brandis a. a. O. S. 161 die Schlussworte auf die Bereicherung beschränken will.

8) Vgl. L. 6 D. de compens. (16, 2).

9) So Schwanert a. a. O. S. 378, offenbar unter dem Einflusse der Theorie von Liebe. Uebrigens ist die Darstellung, wie mir scheint, nicht frei von Widersprüchen. — Ebenso aber auch Keller a. a. O. S. 384, 386.

Damit ist freilich noch nicht die Compensabilität schlechthin, sondern nur die Compensabilität ex pari causa anerkannt; aber dies ist für unsere Zwecke bereits völlig genügend.

§. 170.

Betrachten wir nach diesen Vorbemerkungen insonderheit den Kaufcontrakt, den der Pupill ohne Auktoritas abschliesst, so müssen vor Allem die beiden folgenden Erscheinungen hervorgehoben werden:

I. Der Contrakt ist die Grundlage der Haftung dritter Personen. Dies war schon zu Gaius Zeiten anerkannt.

Ulpianus L. 7 §. 2 D. de inst. act. (14, 3) Pupillus autem institor obligat eum qui eum praeposuit institoria actione, quoniam sibi imputare debet qui eum praeposuit; Gaius L. 8 D. eod. — nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt [1]).

Zugleich tritt hier abermals eine Parallele zum Sklavengeschäft hervor; die pueri puellaeque, welche meistens die Ladengeschäfte besorgt haben, werden nicht alle frei gewesen sein; die Verwendung von unerwachsenen Sklaven wird mindestens eben so oft vorgekommen sein. Bei ihnen kann vom Mangel der tutoris auctoritas keine Rede sein. Man musste sich also hier mit der allgemeinen Handlungsfähigkeit begnügen; that man dies aber, so war doch kein vernünftiger Grund zu erkennen, freie Knaben, die als Ladendiener angestellt waren, ungünstiger zu behandeln. Thatsächlich kann auch bei ihnen von tutoris auctoritas keine Rede sein; der Vormund kann sich doch nicht den langen Tag über in den Laden stellen, um den im fremden Interesse abgeschlossenen Geschäften sein Vollwort zu ertheilen. So trieb das Bedürfniss des Lebens unwiderstehlich dahin, die Kaufgeschäfte sowohl der unmündigen Sklaven als der unmündigen Freien in gleicher Weise als Grundlagen adjekticischer Haftung anzuerkennen [2]).

Dass hienach auch die Grundlage für die civilrechtliche

1) Der umgekehrte Fall, dass der Pupill ohne tutoris auctoritas präponirt (L. 9 D. 14, 3) ist hier ohne Interesse. Vgl. Brinz, Kritische Bl. III S. 16.

2) Dernburg hat diese Stellen, auf welche schon Brandis hingewiesen hat, nicht berücksichtigt.

Haftung des Bürgen besteht, ist unzweifelhaft. Ausdrückliche Entscheidung ist mir unbekannt[1]).

II. Das Pupillargeschäft reicht[2]) zur Verwirklichung der addictio in diem aus:

Paulus L. 14 §. 3 D. de in diem addict. (18, 2).

Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit consentiente venditore, abibitur a priore emtione. Idem et de servo alieno.

Die addictio in diem setzt voraus, dass der zweite Kauf giltig ist; daher kann dieselbe nicht verwirklicht werden auf Grund eines simulirten Kaufes, noch auf Grund des Verkaufs an den eigenen Sklaven oder Haussohn[3]), dagegen ist ausreichend der Verkauf an einen Zahlungsunfähigen:

quia ea (emtio) melior intelligitur, quam venditor comprobavit cui licuit non addicere.

Und diesem Falle wird nun der obige, ja im weiteren Verlauf sogar derjenige gleichgestellt, wenn der zweite Kauf mit einem Pseudofreien abgeschlossen ist, der sich nachher als Sklave herausstellt.

Mit unbedingter Nothwendigkeit folgt daraus, dass das Pupillengeschäft auch nach der verpflichtenden Seite irgend welche Wirkung haben muss; wäre lediglich der Verkäufer zum zweitenmale verpflichtet, so könnte sich daraus doch vernünftiger Weise keine melior conditio ergeben. Erscheint nun, wie sich oben gezeigt hat, die entsprechende Verpflichtung des Sklaven als naturalis obligatio, so liegt doch nichts näher als dieselbe Gestaltung auch für das Pupillengeschäft anzunehmen. Blose Retention würde nicht ausreichen; im Vergleiche zu der aus dem ersten Contrakte entspringenden Verbindlichkeit könnte man dieselbe schwerlich als melior conditio im objectiven Sinne bezeichnen. Andererseits ist die naturalis obligatio aber ausreichend; der Pupill kann zwar nicht gezwungen werden zu erfüllen, aber dies hat sich der Verkäufer selbst zuzuschreiben; darin liegt die Verwandtschaft mit dem Kaufe des Zahlungsunfähigen.

1) Die L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3) lässt eine besondere Beziehung auf den Kauf nicht erkennen.

2) Auch dies hat bereits Brandis hervorgehoben.

3) L. 14 pr., §. 2 D. eod.

Wir haben also insofern, wie mir scheint, ein vollständiges Analogon zur Novation; die Expromission und Delegation des Pupillen hat der bestehenden Schuld gegenüber liberatorische Wirkung. Obschon die neue Obligation inutilis und nulla est und der Gläubiger rem amittit (Gai. III, 176), so ist doch, trotz dieser sehr starken Ausdrücke „Etwas“ vorhanden; wo käme sonst die aufhebende Wirkung her? nur dass dieses „Etwas“ für sich und ohne Hinzutreten accessorischer Verpflichtungen, für die es doch wieder die ausreichende Grundlage abgibt, keinen positiven Ersatz des Untergegangenen darbietet.

§. 171.

Diesen Resultaten gegenüber stehen einige Stellen von Ulpian, welche die Einseitigkeit des Geschäfts scharf betonen.

1) L. 5 §. 1 D. de auct. (26, 8).

Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo nisi in quantum locupletior factus est. (Lib. 40 ad Sabinum) und

2) L. 13 §. 29 D. de a. e. v. (19, 1):

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat (Lib. 32 ad Edict.)

Allein die Tragweite dieser Stellen ist durchaus abhängig von der Vorfrage, in welchem Sinne hier die Worte obligatum esse beziehungsweise non obligatum esse u. s. w. gemeint sind. Bei dem schon oben besprochenen und dargelegten Schwanken der römischen Juristen und insbesondere des Ulpian selbst steht schlechterdings nichts im Wege, die Worte im civilrechtlichen Sinne zu nehmen, gerade wie von dem nämlichen Ulpian in L. 33 D. pro socio (17, 2) die Wirkung des ohne auctoritas geschlossenen Gesellschaftsvertrages als „non teneri“ bezeichnet wird. Und will man auf den Ausdruck der zweiten Stelle „ex uno latere constat contractus“ Gewicht legen, so kann dagegen die ebenfalls von Ulpian herrührende L. 1 § 2 D. commod. (13, 6) geltend gemacht werden, wo es heisst:

Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris aucto-

ritate, usque adeo ut etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur, quia ab initio non consistit[1]).

Denn am wenigsten beim Commodat wird Jemand die naturalis obligatio des Pupillen läugnen wollen[2]); und so sind auch hier, wie ja auch der Zusammenhang ergibt, die entsprechenden Worte nur zur Verneinung der civilrechtlichen Wirkung gebraucht[3]).

Ist aber diese Deutung sprachlich möglich, so ist sie andererseits systematisch geboten; denn ausserdem ergibt sich ein unlösbarer Widerspruch gegenüber den im vorigen Paragraphen besprochenen Erscheinungen.

Bezüglich der L. 5 §. 1 D. cit. muss auch noch auf zwei andere Umstände aufmerksam gemacht werden. Einmal auf den Zusammenhang. Auch im Principium handelt es sich um die Klagbarkeit[4]). Sodann darauf, dass auch in der Stelle selbst die Hervorhebung des „in quantum locupletior factus est“ eben nur die Beziehung auf die Klagbarkeit zulässt.

Ganz unbedenklich in dem nämlichen Sinne ist zu verstehen die L. 7 §. 1 D. de resc. vend. (18, 5) von Paulus:

— quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur —

Aus den letzten Worten ergibt sich die specifische Bedeutung von obligatus fuit ganz von selbst.

Es bleibt noch übrig die Stelle der Institutionen; pr. I. de auct. tut. (1, 21):

Unde in his causis ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Auch in dieser Stelle dürfen wir den engeren und prägnan-

1) Vgl. zu dieser Stelle Bekker, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 377 und Aktionen I, 371.

2) Ueber Commodat an den Sklaven vgl. L. 3 §. 4 D. eod.; ausserdem noch L. 21 §. 1 D. depositi (16, 3).

3) Ein ganz anderes Verhältniss betrifft L. 57 §. 1, 2 D. h. t.

4) Auch das „naturaliter obligabitur in quantum locupletior factus est“ bezieht sich auf die Klagbarkeit auf Grund der Bereicherung.

ten Sinn des obligari um so mehr voraussetzen, als wir wissen, (oben S. 196), dass die dem Mandate gleichstehende negotiorum gestio des Pupillen sogar eine zur Compensation geeignete naturalis obligatio erzeugt.

Ohne Bedeutung ist das Argument, welches Dernburg aus der Behandlung der hereditatis aditio ableitet. Er meint, die Antretung ohne tutoris auctoritas müsste doch auch hier zulässig sein, sofern der Pupill für die Schulden des Erblassers nur naturaliter verpflichtet würde. Aber die Erbschaftsantretung wirkt ja für die Gläubiger unwillkürlich; wie sollte ihnen zugemuthet werden, sich eine juristische Verschlechterung ihrer Forderungen gefallen zu lassen? In unserem Falle liegt Vertrag vor; und der Gegner hat es sich lediglich selbst zuzuschreiben, wenn das Geschäft unvortheilhaft für ihn ist[1]).

§. 172.

Kauft der Pupill ohne Tutor, so tritt vor Allem das objectiv-funktionelle Synallagma ein; er wird nur Eigenthümer gegen Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises. Eine Hinweisung auf diese Gestaltung finde ich in L. 5 §. 1 D. cit., sofern beim Kaufe als Grundlage klagbarer Haftung ausdrücklich die Bereicherung hervorgehoben wird; die blose Tradition bereichert den Käufer nicht, da dem Verkäufer dingliche Rechtsmittel zustehen[2]).

Nicht minder ist im klassischen Recht auch das subjectivfunktionelle Synallagma anerkannt, sowohl in L. 7 §. 1 D. de resc. vind. (18, 5)

> ut scilicet ipse non teneatur sed agente eo retentiones competant,

als auch, (in Beziehung auf die res furtiva), in L. 34 §. 3 D. h. t.

> Nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet[3]).

1) Bei der negotiorum gestio des Pupillen ist die naturalis obligatio immer noch vortheilhafter für den Gegner, als die Nichtigkeit.

2) Bereicherung ist natürlich auch vorhanden, wenn Eigenthum durch einen hinzukommenden originären Erwerbsgrund (Specification) entsteht, eben so unter Umständen im Falle der Consumtion.

3) Beide Stellen sind von Paulus. — Ausschluss der condictio indebiti L. 51 D. de cond. ind. (12, 6).

Die letztere Stelle lässt schon ihrem Wortlaute nach keinen Zweifel, dass die Grundlage dieser Retention eben der Vertrag ist. Aber auch diejenige gegen den Pupillen beruht, wie sich aus der ganzen bisherigen Ausführung ergibt, auf keinem anderen Grunde und die Auffassung von Brandis, welcher die Basis derselben lediglich in der Bereicherung erblickt, ist willkürlich und irrig [1]).

Von erheblichem Interesse ist endlich auch noch die L. 7 §. 1 D. de rescind. vend. (18, 5) von Paulus. Die Stelle [2]) behandelt folgende Fälle:

I. Der Mündel hat den Kaufvertrag ohne Vormund geschlossen; später wiederholt er den Vertragsschluss mit Auktoritas. Obschon bereits vorher eine einseitige Verpflichtung vorlag, so ist doch der Vertrag als neu abgeschlossen zu betrachten mit der Wirkung, dass nunmehr eine zweiseitige Verpflichtung vorliegt [3]).

Um diese Entscheidung vollständig zu verstehen, muss erwogen werden, dass die naturalis obligatio durch einfache nachträgliche Genehmigung nicht in eine civilis obligatio verwandelt werden kann [4]). Will man daher der nachträglichen Auktoritas des Vormunds irgend welche Bedeutung für die Besserung der rechtlichen Lage des Verkäufers beilegen, so kann dies nur in der Weise geschehen, dass der Vertrag als neu abgeschlossen betrachtet wird. Daraus folgt vor Allem,

1) Vgl. L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5); oben S. 196 A. 1. Auch die L. 9 C. de usuc. pro emt. (7, 26) kann nicht mit Brandis (a. a. O. S 176) für das Gegentheil angeführt werden. Hier ist ja die Rede von der rei vindicatio des verkaufenden Pupillen, und dieser Klage kann nur die Bereicherung des letzteren, nicht aber das entgegengehalten werden, was er leisten müsste, wenn er Erfüllung verlangte; sonst würde er ja gegen seinen Willen zur Erfüllung gezwungen.

2) Vgl. dazu die mehrfach abweichende Erklärung von Brandis a. a. O. S. 164. — Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. III S. 417.

3) Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit ut invicem obligati sint.

4) Mit dem Verzichte auf die exceptio S.C. Macedoniani hat es eine wesentlich andere Bedeutung.

dass dem Juristen Paulus nichts ferner lag, als der Gedanke, als ob beide Verbindlichkeiten getrennt entstehen könnten; wäre dies der Fall, wo blieb dann die Schwierigkeit?[1]). Vielmehr steht der Jurist gerade auf dem Standpunkt des genetischen Synallagma. Der Vertrag besteht bereits, aber mit ungleicher Wirkung: der Pupill ist nicht klagbar verhaftet; kann hier gleichwohl — das ist die Frage, die Bedenken verursacht — von einem neuen Vertrage die Rede sein?

II. Der umgekehrte Fall ist der, dass der Pupill mit Zustimmung des Vormunds kauft, dann den Kauf ohne solche Zustimmung wiederholt; das zweite Geschäft ist ohne Wirkung[2]). Dies gilt natürlich nicht blos von dem Fall, wenn der zweite Kauf mit dem ersten von identischem Inhalt ist, sondern vor Allem dann, wenn er einen andern Inhalt hat, z. B. in Beziehung auf den Kaufpreis[3]). Man könnte die Entscheidung inconsequent finden gegenüber dem oben besprochenen Satze, dass das Pupillengeschäft doch zur Verwirklichung der addictio in diem ausreicht. Allein in unserem Falle wäre ja zuerst die Aufhebung des ersten Vertrages, also Befreiung des Gegners ohne Auktoritas des Tutors nothwendig; da dieses Resultat nicht möglich ist[4]), so stünden nun gar zwei hinkende Geschäfte, das alte und das neue, neben einander. Dieses Resultat ist entschieden gegen die Absicht der Parteien; daher schliesst die Unmöglichkeit, den ersten Vertrag ganz zu beseitigen, die Entstehung des zweiten aus[5]).

III. Der Pupill schliesst ohne Auktoritas das Abkommen, dass der vollwirksam errichtete Vertrag rückgängig gemacht

1) Da man zuweilen auf die einseitige Bezeichnung des Geschäfts Gewicht legt, so möge hier zu allem Ueberflusse bemerkt sein, dass der Jurist von Erneuerung der venditio spricht, obschon der Mangel ja gerade in der emtio liegt; man sieht hieraus, wie wenig jene Betonung des Sprachgebrauchs auch sonst gerechtfertigt ist.

2) Quodsi ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emtione.

3) L. 72 pr. D. h. t.

4) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14).

5) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der zweite Vertrag dem Mündel vortheilhafter ist als der erste; denn die Entscheidung über diese Frage beim Vertragsabschlusse selbst ist gerade dem Mündel entzogen, und das Spekuliren je nach dem Erfolge ist gegen die bona fides, die auch beim Mündelgeschäft gewahrt werden muss.

werden solle (contrarius consensus). Dass dieses Abkommen wirkungslos ist, versteht sich nach dem eben Gesagten von selbst; und es kann sich also nur fragen, ob nicht eine einseitig befreiende Wirkung zu Gunsten des Pupillen anzunehmen ist? Dabei ist nun zu beachten, dass diese einseitige Wirkung niemals darin bestehen könnte, den Pupillen schlechthin zu befreien: das einseitige pactum de non petendo würde gleichwohl eine naturalis obligatio zurücklassen; die Folge wäre also lediglich die Verwandlung des vollwirksamen Geschäfts in ein negotium claudicans. Allerdings scheint eine weitergehende Ansicht von Aristo vertheidigt worden zu sein, dahingehend, dass durch einseitigen Erlass die betreffende Partei vollständig aus der Obligation ausscheide. Aber diese Ansicht ist von Pomponius mit Entschiedenheit zurückgewiesen [1]).

Nam [2]) quod Aristo dixit posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum, quia pro una parte abiri pacto ab emtione non possit, et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur non valere eiusmodi pactionem.

Mit grösster Bestimmtheit tritt der Jurist hier für den synallagmatischen Charakter des Contrakts auf; es gibt keine halbseitige Aufhebung, ebenso wenig aber eine halbseitige Erneuerung [3]).

Aber auch die Verwandlung des vollwirksamen Geschäfts in ein negotium claudicans entspricht offenbar nicht der Intention der Parteien. Daher lehrt bereits Julian, dass der einseitige Erlass als zweiseitiger, d. h. als vertragsmässige Rückgängigmachung des ganzen Geschäftes aufzufassen ist.

L. 5 D. eod. Quum emtor venditori vel venditor emtori acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a ne-

1) L. 1 D. de resc. vend. (18, 5).

2) Durch die Verwandlung des „nam" in „iam" (Mommsen) wird, wie mir scheint, der Zusammenhang gestört, die Meinung des Aristo wird als eine besondere eingeführt und zugleich widerlegt; sie muss als Parenthese gedacht werden. Wie sich Labeo zu dieser Ansicht verhält, lässt sich aus den Worten der L. 23 D. de accept. (46, 4) nicht mit Sicherheit entnehmen.

3) Darauf beruht es auch, dass der in der Gestalt der Acceptilation einseitig formulirte Erlass gleichwohl zweiseitig wirkt. — Vgl. noch L. 21 §. 4 D. quod metus causa (4, 2).

gotio discedatur, et perinde habeatur ac si convenisset inter eos ut neuter ab altero quidquam peteret; sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet;

und damit stimmt Paulus in der L. ult. D. de accept. (46, 4) völlig überein.

Paulus: immo quum locatio conductio, emtio venditio conventione facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, etsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione.

Diese Auffassung erzeugt eine Schwierigkeit in dem Falle, wenn der Haussohn den Vertrag geschlossen und der Hausvater ohne seine Mitwirkung den Erlass vorgenommen hat: der Sohn bleibt alsdann verpflichtet; deshalb bleibt aber auch eine naturalis obligatio des anderen Contrahenten dem Vater gegenüber zurück [1]. Dieses Resultat kann nicht als ein der Parteiabsicht entsprechendes anerkannt werden. Daher erklärt Celsus das ganze Abkommen ohne Zustimmung des Sohnes für wirkungslos; Pomponius dagegen sieht von diesem Erfordernisse ganz ab und lässt daher umgekehrt das Paktum nach zwei Seiten wirken [2].

1) Denn — hier setzt der schon oben erwähnte Zwischensatz ein — die Ansicht des Aristo, dass die eine Verbindlichkeit ganz aus der Welt geschafft werden kann, ist unmöglich.

2) L. 1 D. eod. Celsus filius putabat, si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem, etiamsi conveniat ut abeatur ab ea venditione, inter patrem et filium et me convenire debere, ne si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus. Sed dicendum est patre paciscente et liberato adversario filium quoque obiter liberari. Dass der Sohn nicht einseitig erlassen kann, ist klar; er vermag nicht über die dem Vater erworbene Forderung zu verfügen. Hier ist also das Paktum überhaupt wirkungslos. — Diese Stelle ist auch lehrreich in Beziehung auf den schwankenden Sprachgebrauch. Es handelt sich dabei vorzugsweise um das Wort liberari. Celsus und Pomponius gebrauchen dasselbe offenbar in dem specifisch civilrechtlichen Sinne (vgl. L. 19 pr. D. de accept. (46, 4)); denn dass der Pupill nicht schlechthin befreit wird, dass er irgendwie „hängen" bleibt, beweist die L. 7 D. eod. Und auch nur unter dieser Voraussetzung hat die Polemik gegen Aristo einen Sinn. Dieser aber gebraucht die Worte: obligatum manere, die doch auf das Gegentheil

Wieder etwas anders ist nun der Fall des Pupillen beschaffen, insoferne ihm ja dieses Abkommen zum Vortheil gereicht und diese Rücksicht hier gegenüber derjenigen auf die Erhaltung der Gleichheit unter den Contrahenten überwiegen möchte. In der That ist dies die ältere Ansicht. Sie ergibt sich einmal aus L. 1 D. cit., wo nach den Worten „manet obligatus“ fortgefahren wird:

sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est.

Es ist zu beachten, dass diese Entscheidung nicht etwa hypothetisch und als Consequenz, sondern kategorisch hingestellt wird. So steht sie denn auch im vollsten Einklang mit dem weiteren Verlaufe der L. 7 D. cit. von Paulus:

idem potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit ut discedatur ab emtione, an proinde sit atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur sed agente eo retentiones competant.

Das nachträgliche Abkommen verwandelt also das vollwirksame Geschäft in ein negotium claudicans; der Anspruch des Verkäufers ist nicht mehr klagbar, kann aber vertheidigungsweise geltend gemacht werden. Aber, fährt Paulus fort, der bona fides entspricht diese Behandlung nicht:

sed nec illud sine ratione dicetur: quoniam initio recte emtio sit contracta, vix bonae fidei convenire eo pacto stari quod alteri captiosum sit, et maxime si iusto errore sit deceptus.

Also tritt auch hier die Regel von der doppelseitigen Wirkung des Paktum ein, nur mit dem entgegengesetzten Erfolg: das Paktum ist ungiltig. Die Schlussworte allerdings verrathen noch ein gewisses Schwanken. Paulus ist nicht ganz im Reinen, ob dieses Resultat nur auf Grund der concreten

von liberari hinweisen, gleichwohl in einem stärkeren Sinn; er denkt an den Gegensatz, dass der andere Theil schlechthin ausscheidet, wie der contrarius consessus beide Theile schlechthin befreit; auch die Worte abire ab emtione, renovare contractum weisen auf diese stärkere Wirkung hin (vgl. L. 27 § 2 D. de pact. 2, 14). Dass übrigens auch die Wirkung des pactum de non petendo als liberatio, liberari bezeichnet wird, bedarf kaum des Nachweises. L. 1 §. 2 D. quae in fraudem (42, 8); L. 3 §. 3 D. de liberat. leg. (34, 3); L. 108 D. de V. S. Dagegen die schon citirte L. 19 pr. D. de accept. (46, 4).

Parteiabsicht angenommen werden soll. Für den bejahenden Fall ist es von Belang, dass der Gegner sich in entschuldbarem Irrthum befunden hat. Allein ganz bestimmt entscheidet sich Paulus doch nicht für diese Meinung; die Worte maxime etc. können auch als blos adminiculirendes Argument, das ohnedem in den meisten Fällen zutreffen wird, verstanden werden. Und dies ist ohne Zweifel richtiger. Auch in den übrigen Stellen wird auf die concrete Parteiabsicht kein Gewicht gelegt; es handelt sich nicht um eine Frage der Interpretation, sondern der bona fides. Wird doch sogar die Acceptilation, die als negotium stricti iuris die weitere Nachforschung nach der concreten Parteiabsicht ausschliesst, in diesem Sinne behandelt[1]).

1) Die im Vorhergehenden überall vorausgesetzte Meinung, dass das einseitige pactum de non petendo eine naturalis obligatio zurücklasse, ist bekanntlich nicht unbestritten. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Savigny Obligationenrecht Bd. I S. 113, von seiner unhaltbaren Basis aus, welche die naturalis obligatio auf das ius gentium zurückführt und daher jede Aufhebung, die mit diesem übereinstimmt, als vollwirkend anerkennt. Vgl. ferner Schwanert a. a. O. S. 396. Nach meiner Ansicht kann die beschränkte Wirkung des p. d. n. p. nicht bezweifelt werden, wenn man bedenkt, dass dieses letztere selbst wieder durch entgegenstehendes Paktum beseitigt werden kann; dies wäre nach der Ansicht der Gegner Neubegründung einer Obligation durch bloses pactum. L. 27 §. 2 D. de pactis (2, 14); Gai. IV, 116. Dass das p. d. n. p sogar eine klagbare Schuld dritter Personen bestehen lassen kann, ist allbekannt (vgl. Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 4 S. 403.) Das Einzige, was zugegeben werden muss, aber auch zugegeben werden kann, ist dies, dass die zurückbleibende n. obl. von schwächerer Wirkung ist, sofern auch die Compensation ausgeschlossen und umgekehrt die condictio indebiti statthaft erscheint. Allein das Dasein der naturalis obligatio ist, wie heute kaum bestritten werden kann, davon ganz unabhängig, dass ihre sämmtlichen, an sich möglichen Wirkungen eintreten. Die richtige Ansicht hat Scheurl, kr. Vierteljahrsschr. a. a. O. S. 522. Vgl. L. 19 pr. D. de accept. (46, 4): Si accepto latum fuerit ei qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem sed exceptione doli mali vel pacti se tueri potest. L. 59 pr. D. ad S.C. Trebell. (36, 1): verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem. — Andererseits L. 66 D. de R. I.

§. 173.

Der letzte Fall ist der auf Seiten des Käufers wissentliche Kauf einer res furtiva. Hievon handelt Paulus in L. 34 §. 3 D. h. t., nachdem vorher der auf beiden Seiten wissentliche Kauf eines Freien besprochen worden ist.

> Item si et emtor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emtor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet; quodsi venditor scit emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit [1]).

Der Grund der Unvollkommenheit des Geschäfts im mittleren Fall, der uns hier allein interessirt, liegt weder in der mangelnden Handlungsfähigkeit noch in der Beschaffenheit des Objects [2]), sondern in der sittlichen Verwerflichkeit des Willens; die Rechtsordnung kann sich nicht dazu hergeben, das bewusste Streben nach einer res furtiva zu fördern.

Darum ist der Vertrag giltig, wenn der Verkäufer allein die Eigenschaft kennt; die ausreichende Reaktion liegt hier schon in den Entschädigungsansprüchen, welche das klassische Recht unabhängig von der Voraussetzung der Eviktion eintreten lässt. — Ist die Kenntniss bei beiden Theilen vorhanden, so ist der Vertrag nach beiden Seiten hin nichtig [3]).

Was aber unsern Fall anlangt, so ist

1) schon nach dem Wortlaut der Stelle kein Zweifel, dass der Vertrag als solcher nach beiden Seiten wirkt; der Verkäufer, welcher klagt, muss ja leisten, was verabredet ist. Auch kann durch den auf der einen Seite vorhandenen sittlichen Mangel das Geschäft nicht gewissermassen halbirt

1) Dernburg (a. a. O. S. 77) macht auch hier wieder den Paulus zum Urheber des Retentionsrechts. Die Schlussworte, die ausdrücklich auf Pomponius Bezug nehmen, sind bei ihm nicht mit abgedruckt.

2) Objectiv betrachtet kann, wie ja gerade unsere Stelle selbst bezeugt, auch die res furtiva Gegenstand eines giltigen Kaufgeschäfts sein. Hierin liegt der Unterschied gegenüber dem Falle der L. 57 D. h. t.

3) Vgl. L. 57 §. 3 D. cit.; ganz zutreffend ist jedoch die Analogie nicht, wie sich sogleich ergeben wird.

werden, bleibt es überhaupt giltig, so bleibt es eben ein Kauf; die Concession an die Ethik kann nicht weiter gehen, als dass die eine Forderung auf das niedrigste Niveau herabgedrückt wird, auf dem sie überhaupt existiren kann, ohne die Existenz der Gegenforderung auszuschliessen. Daher besteht keine Klage zu Gunsten des wissenden Käufers; aber retentionsweise macht er den Vertrag, nicht die Bereicherung geltend.

2) Die Unsittlichkeit stellt sich nicht als eine Verletzung der dem Gegner schuldigen bona fides, sondern als Verletzung der boni mores dar[1]), deshalb wird die Klage von Rechtswegen verweigert; gerade in dieser Beziehung steht unser Fall dem des Sklaven- und des Pupillengeschäfts gleich. Daher ist denn hier von einer Genehmigung des Gegners in dem Sinne, dass dadurch das Geschäft auch nach der anderen Seite hin vollwirksam würde, ebenfalls keine Rede[2]).

3) Eine Consequenz und daher zugleich auch eine Bestätigung dieser Auffassung ist es, dass wenn der Sklave oder der Beauftragte eine gestohlene Sache unwissend kauft, gleichwohl das Wissen des Herrn entscheidend ist. Dies wird zwar ausdrücklich nur für den Fall gesagt, wenn auch der Gegner Kenntniss hat; selbstverständlich gilt das Nämliche aber analog auch in unserem Falle. Diese Entscheidung ist eine Ausnahme gegenüber der Regel, dass vielmehr nur das Wissen des Contrahenten, nicht dessen, der aus dem Contrakte erwirbt — selbst wenn er bei dem Contraktschlusse anwesend ist, den Ausschlag gibt[3]).

1) Darin eben liegt der Unterschied vom Falle der L. 57 D. cit.

2) Ausdrücklich gesagt ist dies nicht; aber es ergibt sich unzweifelhaft aus dem Zusammenhange. Wenn beide Theile wissentlich einen Freien kaufen — von welchem Falle unmittelbar vorher die Rede ist — so liegt sicher eine von Amtswegen zu berücksichtigende Nichtigkeit vor; der Gesichtspunkt des wechselseitigen Betruges wäre ja ganz unzutreffend. Ebenso in dem Falle, wenn beide Theile wissentlich über gestohlene Güter handeln. Aber auch im Falle des einseitigen Wissens des Käufers ist nicht der Gesichtspunkt des dem Gegner zugefügten dolus massgebend; im Gegentheil hätte dieser ja sogar einen Vortheil, insofern er von Eviktionshaftung frei ist. Die boni mores aber hat der Richter von Amtswegen zu wahren. (Bd. I S. 633.) — Dass L. 42 D. de usurp. (41, 3) hiemit nicht im Widerspruch steht, wird sich später zeigen.

3) L. 12, 13 D. h. t.; L. 16 D. de liber. causa (40, 12). In un-

§. 174.

Die durch die vorhergehende Untersuchung gewonnenen Resultate lassen sich nun in folgenden Sätzen zusammenfassen.

I. Das Eigenthümliche desjenigen Geschäftes, welches als negotium claudicans bezeichnet wird, liegt darin, dass die eine Seite des durch den Contrakt erzeugten synallagmatischen Verhältnisses als obligatio naturalis besteht.

II. Der Mangel, wodurch diese einseitige Unvollkommenheit erzeugt wird, ist ein solcher, welcher durch einfache Genehmigung gar nicht gehoben werden kann [1]). Die Theorie, dass der unvollkommen Verpflichtete die Entscheidung über die Existenz des Geschäfts in Händen hat, ist also nach zwei Seiten hin falsch; als unvollkommenes Geschäft existirt der Contrakt auch ohne solche Genehmigung, und zum vollkommenen Geschäft kann es durch blose Genehmigung nicht werden.

III. Die naturalis obligatio ist hier, wie sonst, nicht nur die Grundlage freiwilliger und beziehungsweise durch Retention erzwingbarer Leistung; sie kann auch die Grundlage vollwirksamer Verpflichtung sein. Daher ist auch die Formulirung, dass der unvollkommen Verpflichtete die Entscheidung über die Erfüllung in Händen hat, juristisch nicht zutreffend, wenn sie auch den regelmässig eintretenden, thatsächlichen Verlauf richtig beschreibt.

IV. An und für sich ist es nicht undenkbar, dass die vollkommene Obligation durch spätere Ereignisse zu einem hinkenden Geschäft degenerirt. Aber die klassischen Juristen waren diesem Resultate besonders abgeneigt. Sie fassten den einseitig formulirten Erlassvertrag (re integra) als zweiseitigen contrarius consensus auf [2]); und da, wo auch diese Auffassung

serem Falle entscheidet also sowohl das Wissen des Herrn, als das des Sklaven oder Beauftragten, je nachdem das Wissen hier oder dort vorhanden ist. Eine besondere Bestimmung galt für den Kauf der res litigiosa. L. 2 D. de litig. (44, 6). Schwanert a. a. O. S. 275.

1) Namentlich liegt solche Genehmigung auch nicht in der Erhebung der eigenen Klage. Der Gegner also, der die Retention versäumt, ist nur auf die condictio indebiti beschränkt.

2) Dieser Punkt wird speciell noch in anderem Zusammenhang zu besprechen sein. Vgl. einstweilen oben S. 204; Bd. I S. 596.

zu einer ungleichmässigen Wirkung geführt hätte, haben sie entweder gar keine oder aber die volle Wirkung eintreten lassen. (S. 204—207). Gleichwohl ist nicht in Abrede zu stellen, dass jenes Resultat auf Grund der Klagenverjährung eintreten kann [1]. Das gemeine Recht kennt nicht den Satz, dass beide Ansprüche des synallagmatischen Geschäfts einer einheitlichen Verjährung unterliegen; durch den verschiedenen Zeitpunkt der actio nata, durch Unterbrechungen, welche nur für den einen, nicht für den andern Anspruch gelten, durch Stillstand auf der einen Seite kann das Resultat entstehen, dass der eine Anspruch verjährt ist, der andere nicht. Wer nun bei eingetretener Verjährung die Fortdauer einer naturalis obligatio annimmt, für den ergibt sich in der That das eben erwähnte Verhältniss. Die Obligation degenerirt zu einem negotium claudicans [2].

1) Bd. I S. 597.

2) Die im Vorstehenden erläuterte Ansicht vom negotium claudicans, auf die schon Bd. I S. 615 hingewiesen wurde, steht am nächsten den Ausführungen von Vangerow Pand. Bd. I S. 518. Eine naturalis obligatio nimmt auch Brandis a. a. O. (S. 142, 154) an, aber auf einer wesentlich anderen Grundlage, nämlich auf der der Bereicherung; auch sonst ist Brandis weit entfernt von einer richtigen Erkenntniss des genetischen Synallagma (S. 137, 158). Auf dem Standpunkte der naturalis obligatio steht ferner Köppen, der obligatorische Vertrag S. 204; seinen Ausführungen ist es mir nicht leicht zu folgen, ich will daher lieber auf eine Reproduction derselben verzichten; jedenfalls bewegen sie sich in einem anderen Ideenkreise als die meinigen. — In wesentlicher Uebereinstimmung glaube ich mich dagegen mit Bekker Aktionen Bd. I S. 269 fgg. zu befinden. Derselbe vermeidet zwar in der Anwendung auf das negotium claudicans die Terminologie der naturalis obligatio; statt derselben operirt er mit seinem Gegensatz von actio und Anspruch. Aber sein aktionenloser Anspruch ist doch nichts anderes als unsere naturalis obligatio. Jedenfalls steht Bekker gleich mir in scharfem Gegensatze sowohl zu Dernburg, dessen Ausführungen gar nicht erwähnt werden, als zu Keller. Vgl. auch Brinz Pand. Bd. II S. 48 A. 19. Die Auffassung von Windscheid (§. 321 A. 23) und Arndts (§. 234) geht dahin, dass nur der eine Contrahent verpflichtet ist, der andere nicht; letzterer handelt aber gegen die „Absicht" des Vertrags, welcher ihm das Forderungsrecht gegeben, wenn er dasselbe geltend macht ohne das seinerseits Versprochene zu leisten,

Zweiter Abschnitt.

Der suspensiv bedingte Kauf auf Probe.

§. 175.

Die schwierige Lehre vom suspensiv bedingten Kauf auf Probe[1]) kann, wie mir scheint, nur gefördert werden auf der Grundlage einer allgemeineren Erörterung über die psychologische Bedeutung der suspensiven Bedingung[2]).

Der concrete Entschluss wird durch die Einwirkung von Vorstellungen erzeugt, die wir insoferne als Motive bezeichnen. Es ist nun möglich, dass der Wollende nur insoweit einer Vorstellung die Kraft des Motivs einräumt, als dieselbe mit der objectiven Wahrheit übereinstimmt; dergestalt, dass die mangelnde Gewissheit dieser Uebereinstimmung erst noch entschieden werden soll.

In diesem Falle gelangen wir zur Form der bedingten Willenserklärung. Die suspensive Bedingung ist psychologisch gar nichts anderes als ein eigenthümlich formulirtes Motiv; nämlich Motiv, dessen objective Wahrheit der Wollende erfordert und zugleich noch als ungewiss bezeichnet.

Demnach ergeben sich folgende Gegensätze zur bedingten Willenserklärung:

1) der blose Vorsatz, je nach dem Verlaufe gewisser Umstände später einen Entschluss zu fassen: der bedingte Entschluss ist ein gegenwärtiger und fertiger Entschluss; die Vorstellung des ungewissen Umstandes als eines gewissen wirkt als gegenwärtiges Motiv;

2) die Voraussetzung, dass die an sich ungewisse Thatsache, deren Vorstellung als einer gewissen das Motiv bildet, auch in Uebereinstimmung mit der Vorstellung verwirk-

(resp. — nach Arndts — ohne seine Verbindlichkeit „anzuerkennen".) Vgl. oben S. 183. Eine einseitige Nichtigkeit nimmt Brinz Pandekten (1. Aufl.) S. 1641 fgg. an.

1) Die Literatur ist zusammengestellt bei Windscheid §. 387 A. 5. Weitere Angaben werden im Verlaufe der Darstellung erfolgen.

2) Andeutungen finden sich bei Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 499. — Wo im Folgenden von Bedingung gesprochen wird, ist immer die Suspensivbedingung gemeint.

licht ist, oder sich verwirklichen wird; alsdann setzt der Wollende die Möglichkeit gleich der Wirklichkeit; es liegt nicht ein „Wenn“ sondern ein „Weil“, und daher ein gewöhnliches Motiv vor; gegen die schliessliche Entscheidung verhält sich der Wollende gleichgiltig. Die Bedingung dagegen ist ein Motiv, dessen Kraft als Motiv bereits jetzt entschieden ist und durch Erzeugung des Entschlusses wirkt, dessen thatsächliche Richtigkeit aber als eine erst noch zu entscheidende offen gelassen ist. „Wenn a ist, so will ich b.“

Die bedingte Willenserklärung ist daher zugleich anticipirte Willenserklärung und gewährt, wie längst bemerkt worden ist, die Möglichkeit der Beherrschung der Zukunft[1]). Die Vorstellung möglicher Ereignisse kann jetzt schon einen rechtlich relevanten Willen zum Dasein bringen, ohne dass derselbe gleichwohl auch dann gilt, wenn jene Vorstellung sich thatsächlich nicht verwirklicht. Bestände diese Möglichkeit nicht, — wie sie ja bekanntlich nicht für alle Rechtsgeschäfte anerkannt ist, — so bliebe nur die doppelte Alternative übrig, dass entweder die Willenserklärung hinausgeschoben werden müsste, bis auch die Gewissheit von der thatsächlichen Wahrheit der motivirenden Vorstellung eingetreten ist; oder aber dass der Wollende sich mit der blosen Möglichkeit der Verwirklichung begnügte, also diese letztere bei seiner Erklärung voraussetzte und sonach eine für alle Fälle wirksame Erklärung abgäbe. — Beide Alternativen würden zur unbedingten Erklärung mit der Motivirung „weil“ führen; die eine würde dem Handelnden die Möglichkeit entziehen, sich gewisse rechtliche Erfolge zum Voraus zu sichern, wenigstens durch Abschluss des Hauptgeschäftes selbst; die andere würde ihn nöthigen, diese Erfolge „für alle Fälle“, also auch unter Umständen hinzunehmen, für die sie ihm unerwünscht und nachtheilig sind.

Diese psychologische Auffassung der Bedingung, als eines

1) In dieser Beziehung besteht auch kein wesentlicher Unterschied zwischen den conditiones in futurum collatae einerseits und den beiden andern Arten. Vom Standpunkte des Wollenden liegt auch hier Anticipation der Zukunft vor. Es ist das bleibende Verdienst der Abhandlung von Fitting, im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 39 S. 405 fgg., den Gegensatz der „eigentlichen“ und der „uneigentlichen“ Bedingung auf das richtige Maass zurückgeführt zu haben.

eigenthümlich beschaffenen Motivs, die jedenfalls anschaulicher und fassbarer ist als die herkömmliche von der „Selbstbeschränkung“ des Willens, erweist sich für die ganze Gestaltung der Lehre aufklärend und fruchtbar. Sie macht es begreiflich, wie der bedingte Wille zugleich als wirklicher und als blos möglicher erscheinen kann; als wirklicher, insoferne der Wollende jetzt schon mit sich einig ist und seinen Willen definitiv erklärt hat; als möglicher, insofern das den Willen bestimmende Motiv als eine erst noch zu verwirklichende oder in ihrer Verwirklichung zu constatirende Vorstellung gesetzt ist.

Auch die richtig verstandene Lehre von der rückwirkenden Kraft der Bedingung findet von diesem Ausgangspunkte aus ihre befriedigende Erklärung.

Diese und andere Fragen können hier nicht weiter verfolgt werden. Für unsere Zwecke dient die vorstehende Ausführung zunächst als Grundlage, um den Gegensatz zwischen der Bedingung und dem Fall, wenn der Wille sich von sich selbst abhängig macht, zu bestimmen und damit weitere Anhaltspunkte für die folgende Untersuchung zu gewinnen [1]).

Sind die Bedingungen Motive, so kann die Formulirung des Entschlusses: „ich will, wenn ich will“, keine bedingte Willenserklärung sein [2]). Denn der Entschluss kann sich nicht zu seinem eigenen Motive machen; das letztere ist nothwendig eine gegenüber dem dadurch erzeugten Entschlusse selbständige Vorstellung. Die Erklärung, das zu wollen, was der Wollende künftig wollen wird, ist kein anticipirter, sondern gar kein Entschluss.

Es sind daher auch nicht, wie Fitting mit vielem Scharfsinn, aber ohne Anklang zu finden, beweisen wollte, formelle Gründe, welche die Erklärung „volo si volam“ oder „si voluero“

1) Vgl. Windscheid §. 93 A. 1—4.

2) Vgl. über die verschiedenen Auffassungen der Bedingung „si volam“ und ihres Verhältnisses zu den gewöhnlichen Potestativbedingungen die Uebersicht bei Fitting, Zeitschrift für Handelsrecht 5, S. 120 fgg., dessen Kritik, namentlich der von ihm so bezeichneten dritten Ansicht ich freilich nicht überall beipflichten kann. Dies gilt namentlich von den Ausführungen auf S. 138. — Wendt, Reurecht Bd. II S. 67, dessen Auffassung sich mit der hier vorgetragenen am nächsten berührt; nur dass bei ihm die Hereinziehung des „Reurechts“ störend wirkt (S. 72).

als ungiltig erscheinen lassen; vielmehr sind es Gründe von durchaus psychologischer Art [1]).

Ebendeshalb ist aber auch jede Analogie [2]) mit dem Falle, dass der Wollende den Willen eines Dritten zur Bedingung seines Willens macht, schlechterdings unzulässig. Diese letztere Bedingung ist psychologisch durchaus möglich und verständlich, sonst könnte ja auch das Gesetz nicht die Giltigkeit einer Willenserklärung von der Erlaubniss oder Zustimmung eines Dritten abhängig machen. Und wenn daher gleichwohl die Formel: „ich will, wenn du willst", oder „was du willst ist mir recht" irgendwelchen Beschränkungen unterliegt, so beruhen dieselben nicht auf psychologischer, sondern auf ethischer Grundlage, namentlich auf der eigenthümlichen Ethik des römischen Testaments [3]).

§. 176.

Wesentlich verschieden von der Willenserklärung: „Ich will, wenn ich will" [4]) ist die Willenserklärung unter der Bedingung, dass der Wollende einen andern, dem Inhalte nach von dem bedingt erklärten Willen verschiedenen Willen äussern und beziehungsweise bethätigen werde. Dass das eigene Handeln Motiv für weitere Entschlüsse sein kann und fortwährend ist, darüber braucht kein Wort verloren zu werden; und so steht auch vom psychologischen Standpunkt aus nichts im Wege, dass Jemand durch die Vorstellung künftiger eigener Handlungen schon jetzt bestimmt wird, einen rechtlich relevanten Entschluss in bedingter Weise zu erklären.

1) Vgl. Windscheid a. a. O. A. 4. — Unhaltbar ist auch die Ansicht von Dernburg, Pr. Privatrecht Bd. I §. 92. Vgl. Bd. II, §. 153.

2) Namentlich also die Analogie von L. 52 D. de condit. (35, 1); L. 68 D. de hered. inst. (28, 5); L. 1 pr. D. de leg. II (31); L. 43 §. 2 D. de leg. I (30). Vgl. Fitting, Zeitschrift f. H.R. 2, S. 255; 5, S. 120, 168.

3) Dies hat Fitting selbst a. a. O. 5, S. 144, 168 sehr gut ausgeführt.

4) Der vulgäre Ausdruck ist: „wenn ich mag!" In dieser Formulirung braucht die Entscheidung nur ausgesprochen zu werden, um die obige Ausführung zu bestätigen. Im gewöhnlichen Leben wird sie als eine, nicht gerade höfliche Ablehnung einer gemachten Zumuthung gebraucht und verstanden.

Ein derartig (potestativ) bedingtes Geschäft mag für den Gegner oder sonstigen Interessenten geringere Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung haben als dasjenige, bei welchem die Erfüllung der Bedingung vom Willen des Erklärenden unabhängig ist. Aber um grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit handelt es sich hier gar nicht, sondern lediglich um das psychologische Verhältniss. Wenn man nun hier nicht bei dem absurden Schulbeispiel vom Spaziergang auf das Capitol stehen bleibt[1]), so muss man doch zugeben, dass regelmässig derjenige, welcher schon zum Voraus für den Fall, dass er eine gewisse Willensäusserung vornehmen werde, weitere rechtliche Dispositionen trifft, eben damit zu erkennen gibt, dass er an der Vornahme jener Handlung ein gewisses selbständiges Interesse hat. Vereitelt er die Bedingung, so gibt er damit zugleich dieses letztere auf; je grösser dasselbe ist, desto geringer ist die Gefahr, dass er es opfern werde, lediglich um sich der doch freiwillig getroffenen Disposition zu entziehen. Dass die Potestativbedingung blos zur Verwirklichung von Hintergedanken dient, ist ja möglich. Aber man kann nicht sagen, dass das die Regel ist, sonst würde sich auch für ein solches Geschäft so leicht kein Gegencontrahent finden. Die Regel ist vielmehr, dass Jemand alles Ernstes disponirt für den Fall eines eigenen Verhaltens, das er wiederum alles Ernstes als möglich, ja als wahrscheinlich sich vorstellt. Es ist daher auch nicht davon die Rede, dass beim zweiseitigen Vertrag der unter einer Potestativbedingung gebundene Theil so ohne Weiteres in der Lage ist, auf Kosten des andern Theils zu speculiren. Bei der Pseudobedingung „si volam" allerdings wäre diese Sachlage immer und nothwendig gegeben: bei der wahren Potestativbedingung bildet gerade das selbständige Interesse an der Erfüllung das Gegengewicht gegen die reine Speculation[2]).

1) In ihren Schulbeispielen waren die Römer überhaupt nicht sehr glücklich und die Neueren ahmen sie in dieser Beziehung nur zu getreulich nach. Auch der richtige Einblick in das psychologische Verhältniss bei unmöglichen Bedingungen und unmöglichen Verpflichtungen wird nicht selten durch abgeschmackte Beispiele verdunkelt.

2) Wie gross dieses Interesse ist, dafür wird sich der Gegner vor Abschluss des Geschäfts ebenso leicht, ja leichter, Anhaltspunkte ver-

Wenn also zwischen der Bedingung „si volam“ und der eigentlichen Potestativbedingung, die auch beim Kaufe durchaus zulässig ist, ein principieller Unterschied besteht, so beruht derselbe mit nichten auf der Verschiedenheit der Ausdrücke, sondern auf einer durchaus materiellen Grundlage [1]).

§. 177.

Wieder einen andern Charakter hat die Bedingung, deren Inhalt das freie Urtheil des bedingt Erklärenden über einen den Entschluss bestimmenden Umstand bildet.

Darin nämlich besteht das Eigenthümliche des placere und der verwandten Begriffe arbitrari u. s. w., dass sie zunächst keine Willenserklärungen sind, sondern Urtheile. Zwischen der psychologischen Thätigkeit des „Wollens“ einerseits, des „Urtheilens“, „Gefallens“, Fürguthaltens“ andererseits besteht an und für sich ein principieller Gegensatz; wie es zugeht, dass derselbe gleichwohl im Erfolge wie im Sprachgebrauch sich verwischt, wird sich sofort zeigen [2]).

Nicht blos in der Subjectivität und Uncontrollirbarkeit der Entscheidung liegt das Besondere dieser Bedingung; die Entscheidung des Gefallens ist formell betrachtet nicht willkürlicher als die Entscheidung des „Reisens“ oder einer andern

schaffen können, als für die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit der Erfüllung einer casuellen Bedingung.

1) In Beziehung auf die in den Willen eines Dritten verstellte Bedingung letztwilliger Anordnungen verhält sich nach dem oben Gesagten die Sache anders. Hier besteht zwischen der Bedingung „si Titius voluerit“ und „si Titius in Capitolium ascenderit“ kein psychologischer, sondern ein ethischer Unterschied, über dessen innere Berechtigung man verschiedener Ansicht sein kann. L. 1 pr. D. de leg. II (31); L. 68 D. de hered. inst. (28, 5); L. 52 D. de cond. (35, 1).

2) Von vornherein tritt der Unterschied zurück, wenn es sich um die Thätigkeit eines Dritten handelt, die — als Wollen oder als Urtheilen — für die Parteien gleichmässig Zufall ist. L. 1 pr. D. de leg. II (31); L. 43 §. 2 D. de leg. I (30); Fitting a. a. O. 5, S. 168. Daher ist auch der Kauf auf Probe dritter Personen (so namentlich unter der Bedingung, dass der Artikel den Kunden des Käufers gefällt) ein gewöhnlicher bedingter Kauf; von arbitrium boni viri ist dabei schlechthin keine Rede. (Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 9 S. 184.)

zur Bedingung gemachten Handlung. Aber das bedingungsweise vorbehaltene Urtheil hat keinerlei selbständiges Interesse für den bedingt Erklärenden, wie die bedingungsweise vorbehaltene Handlung. Indem sich Jemand sein Urtheil über einen den Entschluss bestimmenden Umstand vorbehält, hat er gar keinen andern Zweck als den, sich den Entschluss selbst materiell noch offen zu lassen; wer mit seinem Urtheil über die entscheidenden Umstände noch nicht im Reinen ist, der ist eben auch mit dem durch dasselbe zu bestimmenden Willen materiell noch nicht fertig. Mein Interesse, den Wohnsitz nach der Stadt A. zu verlegen, ist an und für sich von meinem Interesse, dort ein Haus zu kaufen, mein hiesiges zu verkaufen, ganz verschieden; es besteht auch, wenn ich an die Verwirklichung desselben anderweitige Entschlüsse nicht oder nicht anticipando anknüpfe. Dagegen habe ich ein Interesse, mir ein Urtheil über die Sache zu bilden und dasselbe auszusprechen, eben nur, insoferne davon mein Entschluss zu kaufen abhängt. Das Interesse an der Erfüllung der Bedingung fällt also zusammen mit dem Interesse an der Verwirklichung des Bedingten. Deshalb lässt diese Bedingung die unbeschränkte Möglichkeit der Speculation offen; materiell betrachtet ist der unter solcher Bedingung Wollende gerade ebenso frei als der unter der Bedingung si volam Wollende.

Dieser Satz ist ohne Weiteres klar, wenn sich der Vorbehalt des Urtheils auf das Geschäft im Ganzen erstreckt; zwischen der Formel „ich will, wenn ich will" und der andern „ich will, wenn mir der Handel gefällt" besteht im Erfolg gar kein Unterschied.

Anders gestaltet sich dagegen das psychologische Verhältniss, wenn sich das vorbehaltene Urtheil nur auf einen bestimmten Umstand beschränkt. Denn das „Gefallen der Sache" ist mit dem Entschlusse sie käuflich zu erwerben in keiner Weise identisch; es verhält sich dazu in der That psychologisch nur als Motiv. Wer sagt: „ich kaufe die Sache, weil sie mir gefällt", sagt nichts Unverständiges, wie derjenige, welcher sagt: „ich kaufe, weil ich kaufe" oder „weil ich mag". Nicht alle Sachen, die mir gefallen, kaufe ich, und ich kaufe umgekehrt auch Sachen, die mir nicht gefallen[1]).

1) Das „Gefallen der Sache" ist zwar ein regelmässiges und selbstverständliches Motiv, aber doch immer nur Motiv.

Wer also kauft unter der Bedingung, dass ihm die Sache gefällt [1]), der hält damit die thatsächliche Entscheidung eines Motives offen; insofern liegt formell ein bedingter Kauf vor. Er lässt nicht, wie der, welcher sagt: „ich will, wenn ich will" seinen Entschluss schlechthin offen, so dass er in Wirklichkeit gar nichts gesagt hat. Für den Entschluss des Käufers sind noch andere Motive wirksam, als das des Gefallens der Sache. Daher besagt jene Erklärung, dass der Wollende mit diesen anderen Motiven, so wie dieselben anziehend oder abstossend wirken, im Reinen, dass er entschlossen ist zum Kaufen, falls ihm die Sache gefällt. Insofern hat er eine fassbare gegenwärtige Erklärung abgegeben.

Da aber auch im Falle solcher Beschränkung der Contrahent sein ablehnendes Urtheil weder zu motiviren noch einer Controlle zu unterwerfen braucht, also unter dem Ausdrucke des Missfallens der Sache auch sein Missfallen des Handels, seine Reue, zur Geltung bringen kann, so ist es, wie ich glaube, vergebliche Mühe zwischen beiden Bedingungen, der Bedingung „si volam" und der Bedingung „si res placuerit" u. s. w. eine erhebliche praktische Verschiedenheit zu ermitteln [2]). Je grösser dabei der Aufwand von Scharfsinn, desto näher liegt die Gefahr, dass das Resultat lediglich in Sophismen ausartet. Gerade die Behauptung, dass der „Wille" des Gefallens von dem Geschäftswillen verschieden ist, lässt sich in dieser Formulirung gar nicht halten. Theoretisch betrachtet ist das „Gefallen" ein „Urtheil" und kein „Wille" [3]) und folglich allerdings vom „Geschäftswillen" so verschieden als möglich. Praktisch aber ist das unmotivirte Urtheil über einen den Entschluss bestimmenden Umstand eben doch nichts anderes als Wille; der Andere muss als mein Urtheil gelten lassen, was ich als mein Urtheil gelten lassen

1) Oder „dass der Preis seinen Verhältnissen entspricht" u. s. w.

2) Fitting, Zeitschrift f. H.R. 2, S. 229; 5, S. 131, 150. Hier tritt ein grosses Schwanken in der Betonung der innern und der äussern Verschiedenheit beider Bedingungen hervor. — Vgl. ferner Scheurl Beiträge Bd. II S. 91, 92. „Gefallen am Handel und Gefallen an der Sache sind zwei ganz verschiedene Dinge."

3) An den „Erklärungswillen" wird dabei natürlich nicht gedacht. Ohne diesen gibt es überhaupt keine Manifestation irgend welcher geistigen Thätigkeit, sei sie Urtheilen oder Wollen.

will; und dieser Wille lässt sich vom Willen, das Geschäft gelten zu lassen, in der That nicht unterscheiden.

Theoretisch besteht auch, nach den bisherigen Ausführungen, ein Unterschied zwischen der Bedingung „si res placuerit“ und der von Ulpian in L. 7 D. h. t. besprochenen Bedingung: falls der Sklave zu meiner Zufriedenheit Rechnung legt[1]). Denn diese letztere Bedingung ist vor Allem zunächst verstellt auf die Handlung eines Dritten, die dann erst Gegenstand der freien Beurtheilung des Verkäufers sein soll. Daher hat auch diese Bedingung nicht schlechthin einen Inhalt, der normaler Weise bei jedem Kaufe als Motiv wirkt und nur insofern in Betracht kommt; vielmehr ist der Inhalt theilweise von selbständigem Interesse für den Verkäufer; Rechnung muss der Sklave auch legen, wenn er nicht verkauft wird.

Aber praktisch liegt vor Allem der Schwerpunkt nicht auf der Handlung des Sklaven, sondern auf dem Urtheil des Herrn; und wenn dieser als sein Urtheil ausgeben kann, was er will, so ist allerdings der praktische Unterschied zwischen beiden Fällen gleich Null[2]).

Aus dieser praktischen Erwägung erklärt sich denn endlich auch die sprachliche Verwischung des Unterschieds von Wille und Urtheil[3]). Gilt als mein Urtheil, was ich als Urtheil gelten lassen will und greift auch nicht ein selbständiges Interesse beschränkend ein, so ist damit die Gränze zwischen Urtheil und Wille schlechthin ins Innere verlegt; die Aussenwelt kann gar nicht erkennen, ob das, was ich ihr als mein Urtheil vorlege, wirkliches Urtheil oder ob es Wille ist. Daher auch der Ausdruck „willkürlich“ gerade in Anwendung auf das freie Urtheil.

§. 178.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, dass das römische Recht den Kauf, der auf das nackte Wollen des einen Contrahenten verstellt ist, als nichtig behandelt. Es fehlt hier auf der einen Seite der fertige Entschluss; auf der andern Seite ist er zwar vorhanden, allein gerade das Synallagma kann sich mit diesem einseitigen Verhältnisse nicht begnügen.

1) Vgl. Fitting 5, 131.

2) Vgl. Fitting a. a. O. 5, S. 131.

3) Ueber den Sprachgebrauch vgl. Fitting a. a. O. S. 239.

Und zwar ist das Geschäft nach beiden Seiten hin nichtig. Denn der einseitige fertige Entschluss könnte nur aufgefasst werden entweder

1) als nicht angenommene Offerte, an die der Offerent gleichwohl auf unbestimmte Zeit gebunden bliebe. Es würde sich dann der Widersinn ergeben, dass die Offerte, gegen welche sich der Adressat ganz passiv verhält, sofort erlischt, diejenige dagegen, auf welche er die Antwort gibt: „wenn ich mag", durch diese nichtssagende Erklärung festgehalten werden könnte. In den Quellen würde man vergeblich nach einem Anhaltspunkt für diese Theorie forschen.

2) Oder man nimmt einen Vorvertrag an — eine Ansicht, die sich auf manche namhafte Vertreter berufen kann [1]). Allein die Vorstellung, die dabei mit unterläuft, dass sich dieser Vorvertrag durch Entscheidung der Bedingung von selbst in den Hauptvertrag verwandelt, ist nicht haltbar; einen solchen Vorvertrag kennen die Quellen nicht; Vorvertrag ist nur derjenige, welcher die Verpflichtung zum Abschlusse des Hauptvertrags erzeugt. Dieser Vorvertrag aber bedarf, wenn er selbständig vorkommt, der Form der Stipulation. Schon an dieser Erwägung scheitert also für das römische Recht diese Construktion.

3) Eine dritte Auffassung ist die, dass der nicht gebundene Theil zunächst eine ihm angebotene Forderung bedingungsweise annimmt, aber so, dass die Erfüllung der Bedingung nothwendig auch die Kehrseite, die Verbindlichkeit in seiner eigenen Person, zur Entstehung bringt.

Auch diese Construktion, die sich dann wohl auch mit der Theorie vom negotium claudicans berührt, ohne völlig mit derselben identisch zu sein, hält nicht Stand, und zwar aus einem doppelten Grunde:

a) die Offerte beim zweiseitigen Geschäfte ist gar nicht eine äusserliche Zusammensetzung zweier Anerbietungen, von denen die eine angenommen werden könnte, die andere nicht,

1) Thöl Handelsrecht §. 259; Goldschmidt in dem öfter citirten Aufsatze im ersten Bande seiner Zeitschrift (S. 270 und sonst.) Die Resultate dieses Aufsatzes sind durch das Hereinziehen eines unhaltbaren Begriffs des Vorvertrags einigermassen beeinträchtigt. Gegenüber der Bestimmung des D.H.G.B. Art. 339 hat diese Theorie gar keinen Boden mehr. Weiter wird davon Buch II Kapitel 1 gehandelt werden.

oder die eine unter andern Modalitäten als die andere. Die Offerte ist eine einheitliche, Offerte eines synallagmatischen Geschäftes. So wenig daher das eine Glied unter anderen Modalitäten angeboten werden kann als das andere, so wenig gibt es eine entsprechend verschiedenartige Annahme. Wer anbietet und wer annimmt, setzt damit Forderung und Verbindlichkeit als einheitliches Ganzes [1]).

b) Es müsste aber auch erst noch bewiesen werden, dass die Annahme eines Versprechens mit der Formel „si volam" wirksam ist. Ich muss diese Meinung bestreiten. Die Erklärung: „ich will wenn ich will" ist in sich sinnlos, ganz ohne Rücksicht auf ihren concreten Inhalt; der Gläubiger, der in dieser Weise annimmt, acceptirt in Wirklichkeit ebenso wenig, wie sich der also erklärende Schuldner verpflichtet; er hält einfach den Anbietenden hin, indem er weder Ja noch Nein sagt; also würden wir wieder zu der nicht acceptirten und gleichwohl wirksam bleibenden Offerte (Nr. 1) gelangen. Mir ist auch eine Quellenstelle, welche die Annahme unter dem Vorbehalte des Wollens für zulässig erklärte, nicht bekannt. Auch ist keine der Stellen, welche den Vorbehalt des nackten Wollens des Schuldners verwerfen, so beschaffen, dass sie ein argumentum a contrario nach der andern Seite hin zuliesse. Thatsächlich wird ja bei der Stipulation, die mit der Annahmeerklärung des Gläubigers beginnt, der Vorbehalt auf seiner Seite nicht leicht vorkommen; deshalb betonen die Stellen nur den andern Fall [2]).

1) Vgl. Savigny System Bd. III S. 131. Windscheid hat bekanntlich aus der nach seiner Ansicht bestehenden Trennbarkeit der beiden Seiten der Offerte auch Consequenzen für den Vertragsabschluss unter Abwesenden gezogen; die Annahme, soweit sie sich auf die angebotene Forderung bezieht, wirkt sofort, soweit sie die angebotene Verpflichtung acceptirt, besteht die Möglichkeit des Widerrufs bis zum Eintreffen; §. 306 A. 9, 10. Diese Ansicht hat keinen Anklang gefunden. — Die Ansicht von Köppen, dass die Offerte ein bindendes Versprechen ist unter der Bedingung eines Gegenversprechens (a. a. O. S. 200), möge hier nur erwähnt sein. Richtig Siegel a. a. O. S. 12.

2) Wenn man gewöhnlich an dem Vorbehalt des Gläubigers „si volam" keinen Anstoss nimmt, so beruht dies, wie ich glaube, auf einer Verwechslung zweier ganz verschiedener Dinge. Nämlich jene Clausel kann man beziehen a) auf die Annahme als solche: davon allein ist

Aus diesem doppelten Grunde ist also auch die Auffassung, welche den mit Vorbehalt Annehmenden zunächst als Gläubiger betrachtet, dessen Verbindlichkeit sich dann erst folgeweise ergibt — sei es durch ausdrückliche Erledigung des Vorbehaltes[1]), sei es durch Geltendmachung der Forderung[2]), — auch diese Auffassung, welche man wohl im Sinne ihrer Vertreter als die Theorie des negotium claudicans bezeichnen kann, ist unhaltbar. Dass sich der hier besprochene Fall, selbst wenn diese Construktion möglich wäre, gleichwohl von den ächten Fällen des negotium claudicans wesentlich unterscheiden würde, ergibt sich aus den Ausführungen des vorigen Abschnittes von selbst.

Der oben aufgestellte Satz wird durch die folgenden Stellen bewiesen:

1) Ulpianus L. 7 pr. D. h. t.[3])

Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit: „si voluerit",

hier die Rede; oder b) auf den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages; und hier versteht sich ja von selbst, dass die Geltendmachung seines Rechts dem Willen des Gläubigers überlassen ist; beim zweiseitigen Vertrage nicht weniger wie bei der einseitigen Obligation; hierauf also bezogen wäre der Vorbehalt zulässig aber auch völlig nichtssagend. Der einseitige Vorvertrag setzt zu seinem Dasein die präsente Annahme voraus; gleichwohl erhält daraus der eine Theil eine einseitige Forderung, deren beliebige Ausübung er sich gar nicht erst besonders vorzubehalten braucht. — Für den Vorbehalt des Schuldners ist es ziemlich gleichgiltig, ob man ihn auf die Erklärung oder auf den Inhalt derselben bezieht; „wenn ich mag, verspreche ich dir 100"; oder „ich verspreche dir hiermit 100, wenn ich mag, zu zahlen." Man vergleiche damit die beiden Erklärungen des Gläubigers; a) „wenn ich mag, nehme ich dein Versprechen an" und b) „ich nehme dein Versprechen an, mir 100, falls ich sie will, zu bezahlen." —

1) So Windscheid §. 306 A. 10, §. 321; Arndts, Pand. §. 301; derselbe im Glück'schen Commentar Bd. 46 S. 352; Goldschmidt in seiner Zeitschrift 1, S. 270; Fitting, ebendaselbst 2, 228 und im Archiv 46, 253. Wendt, Reurecht Bd. II S. 74 u. Andere.

2) So nach der Keller'schen Theorie.

3) Für unsern gegenwärtigen Zweck genügt die Bemerkung des Juristen, dass der Kauf unter der Bedingung „si voluerit" ebenso nichtig ist wie die entsprechende Stipulation. Man beachte dabei auch, wie ferne es dem Juristen liegt, die Gläubigerfunktion des also Contrahirenden hervorzuheben.

vel stipulanti sic spondeat: „si voluero decem dabo"; neque enim debet in arbitrium rei conferri an sit obstrictus[1]).

2) Diocletianus et Maximianus L. 13 C. h. t. (4, 38) In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit neccessitate contrahentes, obligatio nulla est. — Idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur.

Beim unbefangenen Lesen sollte man meinen, dass diese Constitution, um jeden Zweifel auszuschliessen, ihre Ausdrücke mit besonderer Sorgfalt gewählt habe. Es wird gesagt, dass, wenn die Bedingung verstellt ist in den Willen des einen oder andern Theiles, die Contrahenten nicht gebunden sind, die Obligation vielmehr nichtig ist und der Verkäufer, mag er Eigenthümer sein oder nicht, zur Erfüllung nicht gezwungen werden kann. Gleichwohl meint Windscheid, der Pluralis contrahentes sei im alternativen Sinne zu verstehen; dass die Obligation für nichtig erklärt ist, wird von ihm gar nicht berücksichtigt, während er die Ausdrucksweise in L. 7 D. cit. (venditio nulla est), zu Gunsten der Lehre von der einseitigen Existenz des Contraktes verwerthet[2]). — Arndts aber schiebt die Stelle kurzweg bei Seite, indem er unter conditio nicht die Bedingung im technischen Sinne, sondern den festzustellenden Inhalt des Geschäfts versteht. Diese Auslegung lässt wiederum Windscheid nicht gelten, der vielmehr auch in dieser Beziehung die vertragsmässige Willkür des einen Theils für zulässig hält[3]).

1) Die L. 34 §. 6 D. eod. von Paulus kann nicht als Beweis angeführt werden; die Stelle handelt vom Perikulum und die Entscheidung wäre auch dann zutreffend, wenn der Jurist von der Voraussetzung eines bedingten oder schwebenden Verhältnisses ausginge.

2) Pand. §. 387 A. 3 (vgl. auch Arndts §. 301 A. 5). Dass die einseitige Bezeichnung des Geschäfts dasselbe gleichwohl in seiner Totalität begreift, ist so sehr die Regel, dass das Gegentheil besonders nachgewiesen werden müsste. Umgekehrt wird diese Regel hier gerade durch L. 13 C. cit. bestätigt. — Mit demselben Rechte könnte z. B. auch §. 4 I. h. t. so ausgelegt werden, dass zwar der Kauf aber nicht der Verkauf bedingt sei. — Wie hier Fitting im Archiv Bd. 46 S. 267.

3) Von einer nicht acceptirten Offerte will Goldschmidt (a. a.

Was aber die Bedingung des Urtheils anlangt, so bietet sich hier ein Ausweg zur Aufrechterhaltung des Geschäftes dar, nämlich der, dass das Urtheil nicht als freies und willkürliches, sondern als motivirtes und eben deshalb controllirbares aufgefasst wird. In dieser Beziehung stellt die L. 22 §. 1 D. de R. I. (Ulpianus libro 28 ad Sabinum) einen allgemeinen Interpretationsgrundsatz auf:

> Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse;

und eine Anwendung hievon macht der nämliche Ulpian in der schon oben angeführten L. 7 D. cit. [1]), deren hieher gehöriger Theil so lautet:

> Placuit itaque veteribus magis in boni viri arbitrium id collatum videri quam in domini; si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit fingit autem se non accepisse, impleta conditio venditionis est et ex emto venditor conveniri potest [2]).

Nun ist freilich diese Interpretation, wodurch die Bedingung ihres willkürlichen Charakters entkleidet, ja in gewissem Sinne sogar einer casuellen Bedingung nahe gebracht wird, nicht immer und überall anwendbar. Sie ist ausgeschlossen 1) gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung des Gegentheils, aber ebenso 2) auch da, wo nach dem besonderen Inhalt des Urtheils Anhaltspunkte für ein arbitrium boni viri nicht vorhanden sind. Dahin würde ich z. B. die Bedingung rechnen: „falls der Preis meine Verhältnisse nicht übersteigt, oder falls der Preis den Betrag nicht übersteigt, den ich für diesen Zweck aufwenden kann oder will.“ Hier denken die Parteien gar nicht an arbitrium boni viri, und woher soll der bonus vir die sichere Grundlage für sein Urtheil nehmen?

In diesen Fällen ist daher trotz jener Regel der Vertrag nichtig.

O. S. 171) die Stelle verstehen; umgekehrt von einer bedingten Offerte („freibleibend„) Fitting Zeitschrift für H.R. Bd. 2 S. 229.

1) Die Stelle ist aus dem nämlichen Buche des Ulpian wie die L. 22 D. cit.

2) Damit ist zugleich bewiesen, dass auch in L. 22 D. cit. die „conditio“ in keinem andern Sinne zu nehmen ist als dem gewöhnlichen.

§. 179.

Diese Resultate erleiden durch das positive Recht eine wichtige Ausnahme in Beziehung auf den Kauf unter der Bedingung si res emtori placuerit, Kauf auf Probe (oder Besicht) [1]).

Der Kauf auf Probe ist Kauf unter der Bedingung eines das Kaufobject billigenden Urtheils des Käufers, welches durchaus in seine Freiheit verstellt ist. Er gilt gleichwohl als bedingter Kauf, der durch das billigende Urtheil zur Perfektion gelangt [2]).

I. Der erste Satz, dass das Urtheil als schlechthin freies gemeint ist, bedarf gegenwärtig kaum noch einer eingehenderen Begründung. Für das Gebiet des Handelsrechts steht er jetzt mit gesetzlicher Autorität fest (Art. 339). Für das

1) Diese Terminologie, bisher schon die herrschende, hat durch H.G.B. Art. 339 eine officielle Sanktion erhalten und ist jetzt umsomehr auch für das gemeine Recht beizubehalten. Der von Thöl gebrauchte Ausdruck „Kauf auf Laune" ist unrichtig; nicht jeder Kauf nach Laune ist ein Kauf auf Probe im gesetzlichen Sinne. Ebenso sind jetzt auch die beiden Ausdrücke als synonym anzuerkennen, während früher wohl vereinzelte Versuche gemacht wurden, sie zu unterscheiden; z. B. in dem Sinne, dass „auf Probe" den resolutiv, „auf Besicht" den suspensiv bedingten Kauf bezeichnen solle (vgl. z. B. Puchta Pandekten §. 360). Ueber den Sprachgebrauch im Allgemeinen: Goldschmidt a. a. O. 1, S. 110, 432; Fitting ebendaselbst 2, S. 239 A. 2 und im Archiv, Bd. 46 S. 242; Thöl §. 259. — Reiche dogmengeschichtliche Nachweisungen sowie Mittheilungen aus anderen Gesetzgebungen gibt Goldschmidt a. a. O. S. 70, wozu in ersterer Beziehung noch ergänzend treten die beiden Aufsätze von Fitting im zweiten und fünften Bande der nämlichen Zeitschrift. Die durch grosse Verworrenheit sich auszeichnende Abhandlung von Brackenhöft in der Zeitschrift für Civilrecht und Process N. F. Bd. 7 S. 305 fgg. ist im Folgenden unberücksichtigt geblieben.

2) Die Ansicht, dass der Kauf auf Probe sich als Ausnahme verhalte, hat bereits Savigny wiederholt aufgestellt (System Bd. III §. 117 Note i, Obligationenrecht Bd. I S 11, 12.) Die neuere Doktrin ist, wie sich gezeigt hat, umgekehrt bestrebt, die Zulässigkeit des Contrakts unter der Bedingung si volam nachzuweisen, wovon dann der Kauf auf Probe nur eine einzelne Anwendung ist. Die obige Darstellung kehrt zur Auffassung Savigny's zurück, ohne sich auch überall seine Begründung anzueignen.

gemeine Recht entspricht er so sehr der herrschenden Meinung, dass die Versuche, ihn, als unverträglich mit den übrigen Grundsätzen des römischen Rechts, zu läugnen oder zu beschränken, niemals allgemeine Zustimmung gefunden haben [1]).

Von zwei Seiten her ist diese herrschende Ansicht bekämpft worden.

1) Das vorbehaltene Urtheil sei nicht aufzufassen als freies, willkürliches, sondern als das controllirbare arbitrium boni viri. Bei dieser Auffassung würde das Geschäft seinen exceptionellen Charakter durchaus verlieren (§. 178). Daher wäre denn hier auch jede Speculation des Käufers ausgeschlossen, sogar noch in höherem Grade als bei der gewöhnlichen Potestativbedingung [2]).

Selbstverständlich kann ein derartiges, ich will kurz sagen, gebundenes Urtheil ausdrücklich festgesetzt sein. Nicht minder kann sich diese Beschränkung aus den Umständen als gewollt ergeben. Dies ist der Fall, wenn sich das Urtheil auf die Existenz einer bestimmten Eigenschaft der Sache oder die Freiheit derselben von einem bestimmten Mangel beziehen soll. Dass hier die urtheilende Partei im Widerspruche mit der für jeden Dritten erkennbaren Wahrheit diese Eigenschaft ohne Weiteres sollte abläugnen, den Mangel als vorhanden annehmen dürfen, liegt offenbar nicht in der Absicht des Geschäfts, sollte auch der Wortlaut desselben eine Beschränkung auf das arbitrium boni viri nicht entnehmen lassen. Insbesondere gehört auch der Fall hieher, wenn die Vergleichung der Sache mit einer andern (Kauf nach Probe) vorbehalten ist — ebenso die Vergleichung des geforderten Kaufpreises mit dem ortsüblichen oder mit dem in einem andern Falle verlangten u. s. w. [3]).

1) Mit eben so viel Gründlichkeit als Scharfsinn ist die herrschende Ansicht zuletzt (namentlich gegen Unger, Zeitschrift für H.R. Bd. 3 S. 407 fgg.) vertheidigt worden von Fitting a. a. O. Bd. 5 S. 86 fgg. und im Archiv Bd. 46 S. 243. Vgl. ausserdem Goldschmidt a. a. O. Bd. 1 S. 117; Thöl §. 259 (besonders scharf); Windscheid §. 387 A. 5, 6, wo noch weitere Literaturangaben; Wendt Reurecht Bd. II S. 73 fgg.; Gareis bei Endemann Bd. 2 S. 587—595.

2) Vgl. Fitting a. a. O. Bd. 5 S. 191.

3) Auch die degustatio vini gehört in einer Beziehung hierher. Unbeschadet der vollsten Anerkennung des Verdienstes, welches sich

Abgesehen hievon ist aber beim Kaufe auf Probe das vorbehaltene Urtheil als freies Urtheil gemeint. Der Käufer behält sich die Entscheidung darüber vor, ob ihm die Sache gefällt, nicht aber die Entscheidung darüber, ob die Sache die objectiven Merkmale eines preiswürdigen Kaufobjects an sich trägt. Kann doch nach L. 20 pr. D. de praescr. verb. (19, 5), der Käufer die Pferde, mit welchen er im Wettkampf gesiegt hat, gleichwohl noch immer missbilligen. Die Deutung des Urtheils als arbitrium boni viri wäre geradezu eine Vergewaltigung der Parteiabsicht. Was der Käufer regelmässig vorher thut, ehe er seinen Entschluss erklärt, das behält er sich hier zur nachträglichen Erledigung vor; darin allein liegt der Unterschied; die urtheilende Thätigkeit selbst ist in beiden Fällen genau die nämliche, eine durchaus subjective und freie[1]).

2) Eine andere Wendung gibt man dem Verhältnisse durch die Behauptung, dass als Erfüllung der Bedingung nicht die beliebige Selbstaussage des Käufers über sein Urtheil gelten solle, sondern sein irgendwie zu ermittelndes wahres Urtheil.

Damit ist die Subjectivität des Urtheils gewahrt, aber die willkürliche Aussage über dasselbe ausgeschlossen.

Dies ist die mit grossem Scharfsinn entwickelte Ansicht

Goldschmidt durch die Aufklärung des Gegensatzes dieses Falles zu dem des Kaufs auf Probe erworben hat, möge doch schon hier die Bemerkung gestattet sein, dass das Eigenartige der degustatio vini noch nach einer anderen Seite hin liegt. In diesem Zusammenhange ist sie lediglich eine besondere Anwendung des Vorbehalts der Existenz bestimmter Eigenschaften. Vgl. einstweilen Goldschmidt a. a. O. Bd. 1, S. 66; Fitting ebendaselbst Bd. 2, S. 301, und im Archiv Bd. 46, S. 241.

1) In psychologischer Beziehung besteht also zwischen der Bedingung: „wenn mir die Sache gefällt," und der Bedingung: „wenn mir der Preis zusagt," gar kein Unterschied; beide Vorbehalte sind durchaus subjectiv und schliessen das arbitrium b. v. aus. Der Unterschied ist lediglich ein juristischer. Namentlich sind auch alle Versuche, zwischen der Willkür des Käufers beim Kauf auf Probe und der Willkür des Verkäufers im Falle der L. 7 D. cit. einen psychologischen Unterschied zu ermitteln, verfehlt. Vgl. Fitting a. a. O. Bd. 5 S. 158 fgg. — Vgl. auch Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch Art. 339 §. 9; Protocolle der Commission zur Berathung eines a. D. H.G.B. S. 1368.

von Unger[1]). Dieselbe ist bereits von Fitting[2]) gründlich und überzeugend widerlegt worden; es mögen daher hier folgende Bemerkungen genügen.

Vor Allem ist der Käufer überhaupt gar nicht verpflichtet, sich das vorbehaltene Urtheil zu bilden, die Erfüllung der Bedingung steht also insoferne schlechthin in seiner Willkür[3]). Deshalb könnte auch zur Ermittelung des wahren Urtheils der Eid nicht zugeschoben werden. Die Zuschiebung würde die ganz unstatthafte Nöthigung des Gegners enthalten, eine Handlung erst vorzunehmen, um daraufhin die Beschaffenheit des Resultats derselben zu beschwören; umgekehrt kann sich auch dem Eide gegenüber der Käufer die volle Freiheit des Probirens und Besichtigens wahren. Oder will Jemand im Ernste behaupten, dass der Buchhändler, der mir Novitäten zuschickt, in der Eideszuschiebung ein Mittel besitze, um mich zu nöthigen, dass ich dieselben lese oder sonst prüfe, um mir ein Urtheil zu bilden, das ich dann eidlich auszusagen habe[5])?

Sodann ist aber auch das Urtheil des nämlichen Subjectes

1) Zeitschrift für Handelsrecht a. a. O. Bd. 3 S. 335 fgg., 407 fgg. Theilweise stimmt damit auch Scheurl Beiträge Bd. II S. 91, 92, 226 überein. Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 1469.

2) Zeitschrift für H.R. Bd. 5 S. 86 fgg.; Archiv Bd. 46 S. 249. — Windscheid a. a. O. A. 17.

3) Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatze, dass zur Erfüllung einer Bedingung keine Verpflichtung besteht. Vgl. H.G.B. Art. 339 Abs. 1. Auch kann gemeinrechtlich nicht etwa mit einer Fiktion geholfen werden. Denn auch wenn die zur Bildung des Urtheils erforderliche Thätigkeit als vorgenommen fingirt werden würde, so wüsste man ja doch nicht, wie das Urtheil selbst ausgefallen wäre; man müsste also in dieser Beziehung eine weitere Fiktion eintreten lassen, wodurch aber gerade die Freiheit des Urtheils aufgehoben würde.

4) Handelt es sich um arbitrium boni viri, so ist der Käufer auch verpflichtet, dasselbe vorzunehmen. Vgl. Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 14 S. 205.

5) Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hier bemerkt, dass die im einzelnen Falle nicht bestellte Zusendung von Novitäten u. s. w. nur unter einer bestimmten Voraussetzung als „Kauf auf Probe" behandelt werden kann, nämlich unter der Voraussetzung des Bestehens einer Geschäftsverbindung. Ohne diese Voraussetzung liegt blose Offerte vor. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 434; Thöl §. 259. Weiteres im ersten Kapitel des zweiten Buches.

über den nämlichen Punkt, gerade als freies Urtheil, schwankend und dem Wechsel unterworfen; das Buch, das mir bei der erstmaligen Besichtigung gefällt, so dass ich vielleicht auch Dritten gegenüber meine Befriedigung ausspreche, macht bei näherer Betrachtung den entgegengesetzten Eindruck. Massgebend kann also doch nicht irgend welches Urtheil sein, welches als von mir ausgesprochen durch Zeugen oder Urkunden festgestellt werden kann, sondern nur dasjenige, welches ich zum Zwecke der Erfüllung der Bedingung ausspreche [1]).

Wir müssen also daran festhalten: das vorbehaltene Urtheil tritt in Gestalt einer ebenso unerzwingbaren als uncontrollirbaren Selbstaussage des Erklärenden auf, die zum Zwecke der Erfüllung der Bedingung erfolgt [2]).

Dem Wortlaute nach beschränkt sich dieses Urtheil auf die Sache als Kaufobject. Allein gerade die Willkürlichkeit desselben lässt im Erfolge dem Käufer die Entscheidung über den Kauf selbst ganz offen. An und für sich ist Gefallen der Sache und Gefallen des Handels, geschweige denn Wollen des Handels, nicht identisch, wie schon oben ausgeführt wurde. Allein das Gefallen der Sache ist uncontrollirbar; daher kann auch das erklärte Missfallen gerade durch das Preisverhältniss, durch das Vordringen anderer Bedürfnisse, durch anderweitigen Erwerb der Sache u. s. w. veranlasst sein; die Entscheidung über das Gefallen der Sache greift in alle andern Erwägungen wieder ein, und diese kommen durch das vorbehaltene Urtheil über die Sache möglicher Weise selbst wieder in Fluss. Das Urtheil betrifft die Sache als concretes Kaufobject; das Urtheil über die Sache ist im Erfolge Entscheidung über den Handel selbst [3]).

II. Gleichwohl hat nun der Kauf auf Probe eine

1) Oder soll der Buchhändler befugt sein, den Kauf des Buches als perfekt, mich selbst aber als einen die L. 15 D. de cond. inst. (28, 7), auf die sich Scheurl beruft, verletzenden Lügner zu behandeln, weil er mir nachweisen kann, dass ich dem Verfasser desselben einen anerkennenden Brief geschrieben habe? —

2) Auch in dieser letzteren Beziehung holt der Käufer nach, was regelmässig vorher erfolgt, nicht die Billigung schlechthin, sondern die Billigung als Motiv des Kaufes.

3) Vgl. Fitting Archiv Bd. 46 S. 112.

rechtliche Giltigkeit, gerade im Gegensatze zum Falle der L. 7 cit.

Betrachten wir das Anomale dieses Falles genauer, so ist

1) formell der Kauf auf Probe ein bedingter Kauf. Die Bedingung lautet auf das Gefallen der Sache; diese aber ist, wie schon bemerkt, formell mit dem Wollen des Geschäfts nicht identisch, sondern Motiv desselben. Insofern ist der Kauf auf Probe nicht identisch mit dem Kaufe unter der Pseudobedingung „wenn ich mag“.

Auch die Erfüllung der Bedingung bewirkt, wie die Erfüllung jeder Bedingung, Perfektion nach beiden Seiten. Der Kauf auf Probe ist ein normal abgeschlossener Vertrag und steht insofern gerade zum negotium claudicans in scharfem Gegensatze.

Auch die inzwischen vorliegende „Gebundenheit“ ist vom formellen Standpunkt aus betrachtet keine einseitige. Beide Theile sind bedingungsweise gebunden; das Verhältniss ist kein anderes, wie bei jeder Potestativbedingung [1]).

2) Das Anomale liegt vielmehr im Inhalt der Bedingung. Bei der Freiheit und Uncontrollirbarkeit des Urtheils und bei dem mangelnden selbständigen Interesse an der Erfüllung der Bedingung ist dem Käufer in Wirklichkeit der Entschluss selbst offen gelassen; er kann sich eine Kaufgelegenheit sichern, ehe er mit seinem Urtheil über das Kaufobject und folgeweise mit seinem Entschlusse selbst im Reinen ist. Und indem nun dieses Geschäft gleichwohl schon als Kaufvertrag, nicht als einseitiger Vorvertrag auftritt, bleibt die Nothwendigkeit erspart, den Vertrag im Falle des billigenden Urtheils erst abzuschliessen.

1) Auch der Käufer ist formell gebunden; genehmigt er, so hat er damit die Bedingung auch zu seinem Nachtheil verwirklicht. — Diese formelle Seite des Kaufs auf Probe wird gewöhnlich nicht genügend berücksichtigt. Indem man die „Genehmigung“ nicht als Erfüllung einer Bedingung, sondern irgendwie als nachträgliche Acceptation u. s. w. auffasst, gelangt man zu der Vorstellung eines unvollständig entstandenen Vertrags; und wenn man dann auch beim s. g. negotium claudicans den Schwerpunkt auf die „Genehmigung“ legt, so ergibt sich die schon erwähnte scheinbare Verwandtschaft zwischen diesen völlig verschiedenen Erscheinungen.

Der Vertrag ist bedingungsweise geschlossen, aber der Inhalt der Bedingung bringt es mit sich, dass der Käufer materiell noch frei ist; im praktischen Erfolge steht die Handlung, die formell Erfüllung der Bedingung ist, der Acceptation gleich [1]).

Die hier zu Tage tretende Inconsequenz und Anomalie erklärt sich zunächst:

1) geschichtlich. Es wird sich im nächsten Paragraphen zeigen, dass der Kauf auf Probe in den Pandekten noch gar nicht als selbständiges Geschäft vorkommt. Sodann aber

2) aus praktischen Erwägungen. Für den Vorbehalt der Prüfung der Sache ist, wie die Erfahrung lehrt, ein dringenderes Bedürfniss vorhanden, als für den Vorbehalt des Urtheils über andere Punkte; nur dieser Vorbehalt tritt in einer gewissen typischen Gestalt auf, alle anderen Vorbehalte haben lediglich ein individuelles Gepräge. Dazu kommt aber weiter, dass gerade das vorbehaltene Probiren der Sache regelmässig eine Uebergabe derselben an den Kaufsliebhaber erforderlich macht. In dieser Annahme des Objectes, die ihn dem Uebergebenden verantwortlich macht, liegt zugleich der Ausdruck der Ernstlichkeit der Absicht; das an und für sich mangelnde selbständige Interesse an der Erfüllung der Bedingung wird durch dieses Verhältniss zur Sache einigermassen ersetzt. Schreitet der Kauflustige bis zu einer Annahme der Sache vor, so gibt er damit seiner eigenen Erwartung, dass ihm dieselbe und dass ihm der ganze Handel genehm sein werde, in ganz anderer Weise Ausdruck, als durch die Erklärung,

1) Insofern kommt auch die Fitting'sche Theorie (oben S. 214) zu einer gewissen Geltung. Der Fehler ist nur der, dass Fitting den Schwerpunkt auf den Gebrauch gewisser Ausdrücke legt, die materiell gleichwerthig sind. In Wirklichkeit sind die Bedingungen si volam und si res placuerit von Anfang an nicht gleichwerthig; wohl aber führt die zweite zum gleichen Erfolg wie die erste. — Im Wesentlichen hat auch hier das D. H.G.B. Art. 339 die richtige Formulirung getroffen: „Ein Kauf auf Besicht oder Probe ist unter der Bedingung geschlossen, dass . . . Der Käufer ist vor seiner Erklärung an den Kauf nicht gebunden, der Verkäufer hört auf gebunden zu sein.“ Falsch und unter der Herrschaft einer irrigen Doktrin stehend sind die gesetzlichen Formulirungen, welche den Abschluss des Vertrages von der Billigung des Käufers abhängig machen. Goldschmidt a. a. O. S. 446.

wenn ich mag. Indem die Entscheidung der Bedingung sich nunmehr bezieht auf das Behalten oder Zurückgeben der Sache, nähert sie sich vielmehr der gewöhnlichen Potestativbedingung [1]).

Freilich ist das Alles nur das Regelmässige. Der Kauf auf Probe setzt die Aushändigung der Sache nicht mit rechtlicher Nothwendigkeit voraus; und indiskrete Menschen können auch das Anvertrauen derselben zu eigennützigen Zwecken missbrauchen, ohne doch die civilrechtliche Verantwortlichkeit scheuen zu müssen. Allein für die allgemeine Würdigung und Erklärung des Verhältnisses kommen anomalen Zustände ebensowenig in Betracht, wie für die Würdigung der gewöhnlichen Potestativbedingungen.

§. 180.

Dass der Kauf auf Probe als selbständiges, suspensiv bedingtes Geschäft, wie es schliesslich in den Institutionen (§. 4 I. h. t.) erscheint, nicht sehr alt sein kann, ergibt sich schon daraus, dass die bei der Entwickelung des römischen Kaufs sehr begreifliche Controverse über die Zulässigkeit des suspensiv bedingten Kaufs überhaupt erst zu Gaius Zeiten ihre definitive Erledigung gefunden hat [3]).

In der That führen denn auch die wenigen, in den Pandekten enthaltenen Entscheidungen auf eine ganz andere Auffassung und Behandlung hin [4]).

Es kommen die folgenden Stellen in Betracht.

I. Ulpianus L. 20 pr. D. de praescr. verb. (19, 5).

Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiundos dedero, ut si in triduo displicuissent redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto verius

1) Diese Erwägungen haben auch im letzten Absatz des Art. 339 des D. H.G. in anderer Beziehung Anerkennung gefunden.

2) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 118, 208.

3) Gai. III, 146.

4) Dass der Kauf auf Probe ursprünglich mit den Innominatcontrakten zusammenhängt, ist bereits von Goldschmidt a. a. O. S. 264 bemerkt worden. Im Einzelnen weicht seine Auffassung von der, welche ich im Texte entwickeln werde, nicht unerheblich ab.

esse praescriptis verbis agendum; nam inter nos hoc actum ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.

Wahrscheinlich ist diese Stelle von den Compilatoren am Schlusse gekürzt; ihr Sinn kann gleichwohl keinem Zweifel unterliegen.

Die Sache ist übergeben mit der Verabredung der eventuellen Rückgabe binnen drei Tagen. Der andere Fall, in welchem die Rückgabe nicht eintritt, ist positiv gar nicht zum Ausdruck gebracht; er ergibt sich aus der hypothetischen Fassung der lex dationis: si displicuissent; damit ist gesagt, dass im entgegengesetzten Fall der Empfänger die Sache gegen Bezahlung behält. Ein resolutiv bedingter Kauf ist nicht in Frage, das ergeben die Worte: si emere nolueris; auch würde Ulpian hier schwerlich zu der actio pr. v. gegriffen haben.

In Wirklichkeit ist also mit der Uebergabe der Sache zum Zwecke des Probirens eine stillschweigende Verkaufsofferte verbunden. Diese existirt nicht selbständig, sondern eben als Bestandtheil der lex contractus, und ist daher unwiderruflich [1]); der unbenannte Realcontrakt erzeugt eine einseitige Verpflichtung für den Empfänger; für eine direkte Verpflichtung des Tradenten hat sie keinen Raum [2]). Aber indem die Verpflichtung zur Rückgabe beschränkt wird auf den Fall des displicere intra triduum, willigt der Tradent ebendamit stillschweigend und in untrennbarer Weise ein, dass die Sache im entgegengesetzten Falle kaufsweise behalten werde [3]); mit andern Worten: er offerirt sie innerhalb der lex contractus zum Kaufe.

Die Annahme dieser Offerte kann nicht nur ausdrücklich erfolgen, sondern auch, und zwar abermals kraft der lex contractus, stillschweigend. Eine stillschweigende Annahme ist

1) Soferne nicht etwa der Tradent in der Lage ist, den Vertrag selbst zu widerrufen. Diese Möglichkeit ist für uns ohne Interesse.

2) Vgl. L. 7 §. 8 D. de don. i. v. et ux. (24, 1).

3) Eine Verkaufsofferte nimmt auch Fitting (Bd. 2 S. 231) an, aber wie es scheint, als selbständige Willenserklärung; daher das vergebliche Bemühen, die Unwiderruflichkeit aus den Quellen und vollends aus der bona fides zu beweisen. Vgl. denselben namentlich auch Bd. 5 S 102 A. 29.

festgesetzt für den Fall, dass die Erklärung des displicere nicht binnen drei Tagen erfolgt[1]).

Demnach ist die Lage der Sache diese:

1) Ausdrücklich verpflichtet ist der Empfänger zur Rückgabe unter der Bedingung, dass ihm die Sache innerhalb dreier Tage missfällt.

2) Stillschweigend berechtigt ist er, sie käuflich zu behalten, wenn sie ihm schon vor Ablauf von drei Tagen gefällt. (Offerte).

3) Stillschweigend verpflichtet ist er, sie zu behalten, wenn er binnen drei Tagen sein Missfallen nicht erklärt. (Stillschweigende Verabredung, dass dieses Stillschweigen als Annahme der Offerte gelten soll.)

Nur bei dieser Construktion bleibt die formelle Einseitigkeit des unbenannten Realcontrakts gewahrt.

Die Meinung des Labeo kann nun unmöglich dahin gegangen sein, dass im Falle des displicere der Tradent die actio venditi auf Rückgabe der Pferde hat. Darin würde eine Umdrehung des ganzen Verhältnisses liegen; und wenn für den resolutiv bedingten Kauf erst spätere Juristen zögernd und unter Bezugnahme auf kaiserliche Reskripte die Contraktsklage zum Zwecke der thatsächlichen Durchführung der Auflösung zulassen, wie soll dann Labeo diese Klage für den suspensiv bedingten Kauf — selbst wenn ein solcher vorläge, — trotz Vereitelung der Bedingung gestatten, so dass dem jüngeren Juristen demgegenüber die Vertheidigung der strengeren Ansicht zufiele[2]).

Der wahre Gegensatz, der nur eben durch die Hand des Compilatoren etwas verdunkelt ist, scheint mir vielmehr dieser zu sein.

Labeo nahm, ebenso wie Ulpian, an dem Resultate Anstoss, dass der Kaufsliebhaber die Pferde zurückgibt, den Siegespreis aber einsteckt. Aber die actio praescriptis verbis auf den letzteren zu erstrecken, war dem älteren Juristen auch

1) Ob die Erklärung des Missfallens intra triduum genügt oder ob auch die Rückgabe innerhalb dieser Frist erfolgen muss, kann hier dahingestellt bleiben. Die im Texte enthaltene Darstellung entspricht jedenfalls dem Wortlaut.

2) L. 16 D. de addict. in diem (18, 2) (Ulpian); L. 6 §. 1 D. h. t. (Pomponius).

bedenklich: weder war derselbe aus dem Vermögen des Anvertrauenden in das des Empfängers ohne Grund übergegangen noch bezog sich darauf die lex contractus. Er half sich also damit, dass er vielmehr den Kauf als abgeschlossen betrachtete: er erblickte eine Billigung der Pferde darin, dass der Empfänger sie über das Maass des blosen Probirens hinaus benützte. Deshalb gab er die actio venditi auf Bezahlung des Kaufpreises. Soweit geht Ulpian nicht, der Kauf ist trotz jenes Missbrauches noch offen. Aber er nimmt von einem freieren Standpunkt aus keinen Anstand, die actio praescriptis verbis auf Erstattung des Siegespreises zu erstrecken [1]).

Kehren wir zurück zu demjenigen Inhalt der Stelle, der uns zunächst interessirt. Der Kauf auf Probe tritt uns hier gar nicht als formell selbständiges Geschäft entgegen: wir haben keinen bedingten Kauf, sondern nur unwiderrufliche Offerte als Bestandtheil der lex eines unbenannten Realcontraktes.

II. Noch deutlicher ist dieselbe Auffassung enthalten in dem §. 1 der nämlichen Stelle:

Item apud Melam [2]) quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et si placuissent emeres, si displicuissent ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium [3]) an merces tantum? Et ait Mela, interesse utrum emtio iam erat contracta an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus; puto autem, si quidem perfecta fuit emtio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari [4]).

Auch diese Stelle setzt, nur noch viel ausgesprochener voraus, dass der Kauf gegebenen Falls erst geschlossen werden soll [5]).

1) Eine andere, ohne Zweifel irrige Auslegung der Stelle ist als Möglichkeit hingestellt von Fitting a. a. O. Bd. 5 S. 104.

2) Rudorff, röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 70.

3) Der Zusatz „et merces“ ist sinnlos und daher mit Mommsen zu streichen. Er ist veranlasst durch die missverstandenen Worte: „merces tantum“.

4) Dieser Schlusssatz bestätigt die Richtigkeit der obigen Auslegung des Gegensatzes im Principium der Stelle.

5) Emtio perfecta ist hier, wie öfter, identisch mit emtio contracta. Vgl. L. 2 §. 1 D. h. t.; pr. I. h. t. (3, 23.)

Und ebenso wird auch hier nicht von Anfang an ein alternatives Verhältniss angenommen, bedingter Kauf oder bedingtes Anvertrauen. Die Grundlage ist vielmehr der unbenannte Realcontract: die lex desselben ist so beschaffen, dass sich daraus ein Kauf, und zwar ein unbedingter, entwickeln kann. Erzwingen kann der Tradent nur die Rückgabe; diese aber ist bedingt, insofern der Empfänger die Sache, wenn er will, käuflich behalten kann. Diese Bedingung, die hier im Unterschied vom vorigen Fall ausgesprochen ist, enthält die Offerte eines Kaufes, welche ausdrücklich oder stillschweigend (dies experimenti sind auch hier gesetzt), angenommen wird; durch diese Annahme deficirt zugleich die Bedingung der Rückgabe [1]).

Diese Construktion, bei welcher noch Ulpian stehen bleibt, ist um so bemerkenswerther, als bereits Gaius ein einigermassen verwandtes Verhältniss in viel freierer Gestaltung kennt, nämlich als von Anfang an alternativ bestimmten Contrakt, dessen rechtliche Natur sich aus dem schliesslichen Ausgang, ex accidentibus, mit rückwirkender Kraft entscheidet [2]).

III. Die im §. 2 folgende Entscheidung beruft sich nicht, wie die vorhergehende, auf ältere Autoritäten, sondern rührt von Ulpian selbst her. Gleichwohl lässt sich auch hier eine abweichende Auffassung nicht erkennen.

Si quum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et quum displicuisset, servo tuo referendum dedisti.

Man könnte ja die Worte emere velles auch auf den Probekauf beziehen; aber da die nämlichen Worte im Princi-

1) Dass Ulpian diese den Bestandtheil einer lex contractus bildende Offerte immerhin als eigenthümliches und gewissermassen fremdartiges Element betrachtet, ergibt die zögernde Art, mit der er die actio venditi zulässt. Je weniger den Römern der selbständige Vorvertrag eine geläufige Einrichtung war, desto fremdartiger mochte ihnen auch dieses Herausentwickeln des einen Contrakts aus dem anderen erscheinen. Ein Ausweg wäre der gewesen, auch im Falle des Behaltens der Sache die actio praescriptis verbis auf Bezahlung des Kaufpreises zu erstrecken. Vgl. L. 5 p. D. de a. e. v. (19, 1).

2) Gai. III, 146. Auch hier hat, worauf auch noch die Formulirung des Geschäfts im Anfang der Stelle hinweist, die ältere Theorie ohne Zweifel mit dem unbenannten Realcontrakte operirt. Die Stelle wird später noch genauer zu besprechen sein.

pium ohne Zweifel einen andern Sinn haben, so liegt es nahe, den nämlichen, der auch noch dazu der buchstäbliche ist, auch hier anzunehmen, ein Kauf auf Probe im juristischen Sinne liegt also auch hier nicht vor.

IV. Ebensowenig kann die ebenfalls von Ulpian herrührende L. 17 §. 4 D. eod. als einigermassen sicheres Zeugniss für eine abweichende Construktion angeführt werden:

> Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestiturum; ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.

Denn die Anfangsworte sind doch am natürlichsten zu verstehen von einem „Verkaufenwollen“ d. h. „zum Verkaufe anbieten“. Das Besondere ist hier nur das, dass die Offerte als selbständiger Akt vorhergeht und daraufhin auf Veranlassung des Gegners der unbenannte Contrakt geschlossen wird; ob so, dass die Offerte in denselben einbezogen wird, ist nicht weiter gesagt; ein Kauf auf Probe als selbständiges Geschäft ist auch aus dieser Stelle nicht nachzuweisen.

V. Die L. 52 §. 3 D. ad leg. Aquil. (9, 2) von Alfenus Varus[1]) setzt zwar einen selbständigen Kaufvertrag voraus. Da aber mit einem suspensiv bedingten Vertrag unmöglich eine auf die Besichtigung bezügliche verpflichtende (ea lege ut) Nebenverabredung verbunden sein kann — es ergäbe sich daraus ein vollständiges hysteron proteron — so kann nur an eine s. g. Resolutivbedingung gedacht werden, so dass die Stelle überhaupt nicht in diesen Zusammenhang gehört[2]).

Unser Resultat ist also, dass sich in den Pandekten überhaupt ein sicherer Beweis für den suspensiv bedingten Kauf

1) Quidam boves vendidit ea lege ut daret experiundos, postea dedit experiundos, emtoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est; quaerebatur, num venditor emtori damnum praestare deberet? Respondi, si emtor boves emtos haberet, non debere praestare, sed si non haberet emtos, tum si culpa hominis factum esset ut a bove feriretur non debere praestare, si vitio bovis debere.

2) Der Ausdruck emtum habere würde die Beziehung auf eine Resolutivbedingung nicht nöthig machen, (vgl. z. B. L. 34 §. 6 D. h. t.), schliesst sie aber andererseits auch nicht aus. Gar nichts für unsere Frage ist zu entnehmen aus L. 78 D. de furtis (47, 2) und aus L. 17 §. 2 D. de praescr. verb. (19, 5).

auf Probe als selbständiges Rechtsgeschäft nicht findet. Alle in Betracht kommenden Stellen gehen entweder offen von der Grundlage eines unbenannten Realcontraktes aus oder lassen sich doch einfach in diesem Sinne verstehen [1]).

Anders verhält es sich dagegen mit der Institutionenstelle, deren Ursprung leider nicht nachgewiesen werden kann. Dieselbe (§. 4 I. h. t.) lautet:

Emtio tam sub conditione quam pure contrahi potest; sub conditione veluti, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.

Auffallend ist hier immerhin, dass gerade dieser Fall als Schulbeispiel für den suspensiv bedingten Kauf gewählt worden ist; ein Fall, der jedenfalls in dieser Formulirung in den Pandekten gar nicht vorkommt und auch — man mag nun welche Auffassung immer haben — sicherlich für Lehrzwecke nicht der nächstliegende ist [2]). Indessen aber kann darüber kein Zweifel sein, dass hier der Kauf auf Probe möglichst entschieden als suspensiv bedingtes Geschäft anerkannt ist. Die schwerfälligere Construktion der Pandektenjuristen hat demgegenüber nur noch ein dogmengeschichtliches Interesse.

Das gemeine Recht befindet sich also insoferne in vollkommener Uebereinstimmung mit der schon oben erwähnten Bestimmung des Handelsgesetzbuchs [3]).

§. 181.

Es ist hier nicht der Ort, den Kauf auf Probe nach allen Seiten hin erschöpfend darzustellen. Wie wir die s. g. reso-

1) Das Richtige hat bereits Thöl §. 259 getroffen; „vor der Erklärung ist das Verhältniss nämlich ein Innominatcontrakt."

2) Die Formulirung ist übrigens eine sehr glückliche. Sie bringt den Charakter des Geschäfts als eines bedingt abgeschlossenen sehr klar zur Erscheinung, und sie schneidet auch die Annahme, als sei die eine Seite giltig, die andere nicht, durchaus ab; die Formel, erit tibi emtus ist auch sonst bekanntlich der Ausdruck eines normalen zweiseitigen Geschäfts.

3) Darauf, dass der suspensiv bedingte Kauf auf Probe in den Quellen nur selten vorkommt — auch die L. 34 §. 6 D. h. t. gehört nicht hieher — hat bereits Goldschmidt a. a. O. S. 112 aufmerksam gemacht.

lutive Gestaltung desselben auf sich beruhen lassen, so muss auch die allenfallsige Rückwirkung der suspensiven Bedingung auf die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Sache unerörtert bleiben.

Wohl aber gehört in diesen Zusammenhang die genauere Erörterung über die Voraussetzungen des (suspensiven) Geschäftes, sodann über die Modalitäten der Erfüllung der Bedingung.

I. Ein Kauf auf Probe ist mit nichten überall vorhanden, wo der Käufer seinen Willen unter einer Bedingung erklärt, die ihn vermöge ihres Inhaltes freilässt. Auf den Gebrauch bestimmter Ausdrücke kommt es dabei freilich nicht an. Wohl aber muss sich der zu Gunsten des Käufers gemachte Vorbehalt auf das Billigen der Sache beziehen. Ein Vorbehalt, der die Entscheidung in einer ganz anderen Richtung offen lässt, („ich will es mir überlegen, ich will meine Kasse prüfen, ich will nachsehen, ob nicht die Sache die ich habe noch ferner ihre Dienste thut" u. s. w.,) bezweckt keinen Kauf auf Probe; das Geschäft ist entweder nichtig oder der Vorbehalt wird als arbitrium boni viri ausgelegt. (Oben S. 226).

Diese Beschränkung ergibt sich unmittelbar und mit Nothwendigkeit sowohl aus der Definition der Institutionen[1]) als aus derjenigen des deutschen Handelsgesetzbuchs[2]).

II. Der Kauf auf Probe erzeugt zunächst für den Verkäufer eine Gebundenheit. In derselben aber liegt zweierlei. Einmal kann der Verkäufer nicht mehr widerrufen. Sodann darf er nach allgemeinen Grundsätzen nichts thun, um die Erfüllung der Bedingung zu vereiteln. Der Käufer würde in

1) Von den Pandektenstellen ganz zu schweigen, welche bei der Grundlage, von welcher sie ausgehen (Innominatcontrakt) ohnehin diese Richtung des Vorbehalts als wesentlich betrachten müssen.

2) „Unter der Bedingung, — dass der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde." Man muss sich hier immer vor einer Verwechslung hüten: a) die Beziehung des Vorbehalts auf die Billigung der Sache und b) die Willkürlichkeit und Uncontrollirbarkeit der Entscheidung dieses Vorbehaltes. — Vgl. Goldschmidt a. a. O. Bd. 1 S. 283. „Ueberall, wo zur Perfektion des Kaufs einzig und allein die Billigung (?) des Kauflustigen erforderlich ist, liegt ein Kauf auf Probe vor." Diese Definition ist nach dem Gesagten weder für das gemeine noch für das geltende Handelsrecht richtig. Fitting ebendaselbst Bd. 2 S. 239 A. 42; Thöl §. 259 A. 5.

diesem Falle gleichwohl die Bedingung als erfüllt behandeln können [1]). Hieraus ergibt sich von selbst die Antwort auf die Frage, ob der Verkäufer verpflichtet ist, die Möglichkeit der Besichtigung zu gewähren. Einen klagbaren Anspruch auf eine solche Thätigkeit oder Duldung des Verkäufers hat der Käufer aus dem bedingten Vertrage nicht; wohl aber muss sich jener gefallen lassen, dass dieser auch ohne Probe die Sache billigt und damit den Vertrag zur Perfektion bringt.

Selbstverständlich aber kann im heutigen Rechte neben dem bedingten Hauptvertrage ein unbedingter Nebenvertrag einhergehen, der die Verpflichtung des Vorzeigens, Herausgebens u. s. w. zum Inhalte hat [2]).

III. Die Billigung der Sache hat nicht die Bedeutung einer Acceptation. Geschlossen ist der Vertrag bereits; sie ist vielmehr Erfüllung der Bedingung und bringt insofern den Vertrag zur Perfektion (im specifischen Sinne). Vermöge ihres Inhalts aber hat sie das Eigenthümliche, dass sie überhaupt erst eine materielle Gebundenheit des Käufers erzeugt. Darum liegt es allerdings nahe, die Erklärung der Genehmigung als Acceptation und damit als Vollendung des Vertragsschlusses zu betrachten.

In Wirklichkeit aber finden die besonderen Vorschriften über die Annahme der Offerte darauf keine Anwendung, also weder allenfallsige Formvorschriften, die vielmehr bereits beim Abschlusse und lediglich beim Abschlusse des Geschäfts beobachtet sein müssten — noch die Bestimmungen des H.G.B. Art. 320, 321.

Andererseits aber entsteht die Frage, wie die Erklärung beschaffen sein müsse, damit sie als Erfüllung der Bedingung gelten kann. Die Antwort ist folgende. Da die Erfüllung

1) Es kann sich also namentlich der Verkäufer auf die Mangelhaftigkeit der Sache nicht zu seinen Gunsten berufen. — Vgl. Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 7 S. 322 fgg.

2) Im römischen Rechte wäre hiefür die Form der Stipulation nöthig gewesen. — Weitergehende Bestimmungen enthält auch das H.G.B. nicht. Dass aber auch nach diesem Gesetzbuche die Bedingung als erfüllt behandelt werden kann, ist unzweifelhaft. Nicht nur die „Genehmigung“, sondern auch die Besichtigung oder Prüfung steht im Willen des Käufers. Er kann also darauf verzichten und gleichwohl genehmigen. Vgl. Fitting a. a. O. Bd. 5 S. 112.

der Bedingung in die Willkür des Käufers verstellt ist, so dient nicht jede irgendwie erklärte Billigung als Erfüllung; die Bedingung würde sich alsdann mehr als casuelle denn als potestative darstellen; — sondern nur diejenige, die in dieser Absicht erfolgt. Denn nur unter dieser Voraussetzung übt der Käufer seine Willkür in Beziehung auf die Erfüllung aus; nur die in dieser Absicht erfolgende Billigung ist die ihm zustehende Entscheidung über seine Gebundenheit und damit über die Perfektion des Geschäfts. Denselben Gedanken bringt das H.G.B. zum Ausdruck dadurch, dass es von einer „Genehmigung" spricht [1]).

Es bewährt sich hier auch der schon oben (S. 230) entwickelte Gedanke, dass an der Erfüllung dieser Bedingung jedes selbständige Interesse fehlt, dass sie lediglich ein nachgeholtes Moment des Entschlusses selbst ist.

Insofern hat die Erklärung einen rechtsgeschäftlichen Charakter, was von der Erfüllung anderer Bedingungen nicht ohne Weiteres gesagt werden kann [2]). Und auch dieser Umstand befördert die Verwechslung der Erklärung mit der Acceptation.

Es ergeben sich aus dieser Auffassung folgende Consequenzen.

1) Die Erklärung setzt Handlungsfähigkeit voraus. Daher kann der Käufer, der nach Abschluss des Vertrages diese Fähigkeit verliert (Verschwender) nicht mehr persönlich genehmigen. Andererseits wird der Mangel der Handlungs- (Verpflichtungs-) Fähigkeit zur Zeit des Vertragsabschlusses durch die Fähigkeit zur Zeit der Erklärung nicht ersetzt. Ob aber unter diesen Umständen in der Erklärung der Neuabschluss des Vertrages erblickt werden kann, ist hier nicht weiter zu erörtern [3]).

1) Diese Sätze sind verkannt von Unger und Scheurl. Richtig Fitting Bd. 5 S. 129.

2) Ganz in ähnlicher Weise hat auch die Erfüllung der Bedingung „si volet", unter welcher der heres necessarius eingesetzt oder unter welcher ein Vermächtniss zugewendet ist, einen rechtsgeschäftlichen Charakter.

3) An sich ist diese Frage zu verneinen. Weder ist die Absicht der Genehmigung mit der Absicht der Acceptation identisch, noch könnte der nichtige Vertrag als fortdauernde Offerte des hand-

2) Die Erklärung ist eine ausdrückliche oder eine stillschweigende.

Die erstere wird dem Verkäufer (oder seinem Stellvertreter) gegenüber abgegeben; da sie aber einseitig[1]) und auch keine Acceptation ist, so ist sie mit dem Moment der Abgabe vollendet und unwiderruflich; das Gelangen an den Verkäufer ist unerheblich.

Ist daher für die Genehmigung eine Frist bestimmt, so ist dieselbe gewahrt, wenn vor dem Ablaufe die Erklärung in der Richtung gegen den Verkäufer abgegeben wird, sollte sie auch erst nachträglich an ihn gelangen[2]).

Die stillschweigende Genehmigung besteht in Verfügungen über die Sache, aus welchen der Wille des Empfängers, sie käuflich zu behalten, hervorgeht. Insofern erfolgt auch diese Genehmigung in der Richtung gegen den Verkäufer. Wir haben oben gesehen, dass gerade diese Art der Billigung schon den Quellen bekannt ist und dass Labeo in der Auslegung weiter gegangen ist als Ulpian.

Im Einzelnen ist darüber zu bemerken:

a) Als solche Verfügungen erscheinen vor Allem Veräusserungen mit Einschluss der Verpfändung[3]) und der Bestellung von Servituten. Nach meiner Ansicht muss auch schon der contraktliche Weiterverkauf der Sache die gleiche Wirkung haben.

lungsfähigen Theils behandelt werden. — Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch die Combination von Kauf auf Probe und negotium claudicans möglich ist. Kauft der Pupill zur Probe, so bringt er durch seine Genehmigung das Geschäft zur Perfektion, aber als negotium claudicans; und zwar an und für sich auch dann, wenn er nach erreichter Pubertät genehmigt. Das „Hinkende", was im Vertragsschlusse liegt, wird durch die „Genehmigung" nicht beseitigt.

1) Wer den Kauf auf Probe vor der Genehmigung als Vorvertrag betrachtet, der muss consequent, wenn der Begriff des Vorvertrags irgend gewahrt sein soll, die Genehmigung als Offerte des Hauptvertrages betrachten, zu deren Annahme der Gegner verpflichtet ist. Vgl. Fitting Zeitschrift f. H.R. Bd. 2 S. 229, 238; Bd. 5 S. 150; Archiv Bd. 46 S. 255.

2) Vgl. L. 20 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) si in triduo displicuissent; §. 4 I. cit.

3) Die Frage, ob in der Verpfändung ein Verzicht auf das resolutive pactum displicentiae liegt, kann dabei ganz auf sich beruhen; dort ist der Käufer Eigenthümer, hier wird er Eigenthümer. Eine unbedingte Analogie zwischen beiden Fällen liegt also nicht vor.

Freilich kann man auch eine fremde Sache verkaufen und deshalb scheint die Schlüssigkeit nicht schlechthin vorhanden zu sein.

Allein die durchschnittliche Erfahrung spricht doch ganz entschieden gegen die Annahme, dass Jemand wissentlich in redlicher Absicht [1]) eine fremde Sache verkauft; mehr aber als die durchschnittliche Erfahrung ist für die Begründung der Schlüssigkeit einer Handlung nicht nöthig.

b) Es können auch faktische Verfügungen sein, nämlich solche, welche dem Käufer die Möglichkeit entziehen, die Sache im unveränderten Zustande zurückzugeben; in der Verzichtleistung auf diese Möglichkeit liegt die Entscheidung für die andere Alternative. Dass diese Genehmigung nicht auf die Voraussetzungen der Specification beschränkt ist, versteht sich von selbst [2]).

Dass der blose Auftrag an Dritte, solche Veränderungen vorzunehmen, noch keine Genehmigung ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten von selbst. —

Anders verhält es sich mit solchen thatsächlichen Verfügungen, welche zwar das Maass des Besichtigens und Probirens überschreiten, so dass sich dadurch der Empfänger entschädigungspflichtig macht, die ihm aber die Möglichkeit der Rückgabe im ursprünglichen Zustande nicht entziehen [3]).

Nur können hier natürlich überall besondere Verabredungen eingreifen; es steht nichts im Wege, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend festsetzen, welche Handlungen oder Unterlassungen als Genehmigung gelten sollen.

Besonders zu betonen ist aber, dass auch in diesen Fällen die Absicht der Genehmigung erforderlich ist. Wer also eine

1) Auf unredliche Absicht aber kann sich der Verkäufer zu seinem Vortheil nicht berufen. Mit der Verpfändung, Servitutenbestellung, ja sogar mit der Veräusserung verhält es sich in ganz analoger Weise.

2) Es gehört hierher auch z. B. das Aufschneiden, Binden eines Buches, das Einrahmen eines Bildes, das Bezeichnen der Sache mit dem Namen oder dem Stempel des Käufers u. s. w. Massgebend sind hier überall die Anschauungen des Verkehrs. Auch eine Umgestaltung der Sache bei Wiederherstellbarkeit der alten Gestalt würde gleichwohl als Genehmigung gelten (Verarbeitung von Metall), unter Umständen auch Einfügung in eine universitas rerum cohaerentium.

3) L. 20 pr. D. cit. Daher ist auch das blose Lesen eines zur Ansicht zugeschickten Buches keine stillschweigende Genehmigung.

objectiv relevante Verfügung über die Sache aus Irrthum vornimmt oder wer die Sache so beschädigt, dass er sie unversehrt nicht zurückgeben kann, der genehmigt nicht und der Kaufvertrag ist nicht zur Perfektion gelangt. Aber die Entschädigungspflicht kann dadurch erfüllt werden, dass der Empfänger den Werth der Sache erstattet, wogegen ihm diese selbst überlassen bleibt; alsdann tritt ein Erfolg ein, der sich häufig von demjenigen des perfekten Kaufes nicht unterscheidet [1]).

IV. Wenn die Genehmigung im Uebrigen vollständig in die Willkür des Käufers verstellt ist, in einer Beziehung erscheint eine Beschränkung ganz unerlässlich, um auch dem Verkäufer eine gewisse Sicherstellung zu gewähren. Es ist dies die Zeit der Genehmigung; denn dass sich der Verkäufer auf völlig unbestimmte Zeit dem freibleibenden Käufer binden wolle, diese Annahme liegt vollständig ausser aller vernünftigen Berechnung [2]).

Dabei sind zwei Fragen wohl zu unterscheiden:

1) die Frage nach der Art und Weise der Fristbestimmung, und

2) die Frage nach der Wirkung des Stillschweigens bis zum Ablaufe der Frist.

Zu 1) Die Frist kann ausdrücklich bestimmt sein; und von dieser Voraussetzung gehen ohne Zweifel die Quellen aus, sowohl beim suspensiv- als beim resolutivbedingten Geschäfte [3]). Ebenso stellt auch das H.G.B. diesen Fall an die Spitze und betrachtet ihn als den selbstverständlichen.

Die Verabredung kann ersetzt werden durch den Ortsgebrauch. Das H.G.B. spricht dies ausdrücklich aus; dass auch innerhalb des gemeinen Rechts die subsidiäre Geltung des

1) Der Unterschied tritt aber sofort auch praktisch hervor, wenn man die Haftung für Mängel und für Eviktion in's Auge fasst.

2) Ausdrücklich kann dies freilich festgesetzt werden. Vgl. L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1). Das H.G.B. denkt offenbar an die Möglichkeit einer solchen Verabredung nicht. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 123.

3) Auch das Schulbeispiel der Institutionen nimmt die Befristung in den Vertrag selbst auf. Vgl. auch zu den oben angeführten Stellen noch L. 6 D. de rescind. vend. (18, 5); L. 2 §. 5 D. pr. emtore (41, 4); L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1). — H.G.B. Art. 339 Abs. 3.

mos regionis eintritt, ist trotz des Schweigens der Quellen selbstverständlich.

Beiderlei Fristen sind nach gemeinem und nach Handelsrecht insoferne auch zum Vortheil des Käufers, als vor Ablauf derselben der Verkäufer nicht nur nicht von selbst aufhört gebunden zu sein, sondern auch seine Befreiung nicht willkürlich durch anticipirte Aufforderung herbeiführen kann.

Fehlt es nun an beiderlei Fristen, so kann dieser Mangel vor Allem ein Anhaltspunkt dafür sein, dass den Parteien die Ernstlichkeit des Willens fehlt. Dieser Gesichtspunkt ist von praktischem Interesse namentlich da, wo auch eine Uebergabe zum Zwecke der Besichtigung nicht stattfindet. Bietet mir Jemand sein Haus um einen bestimmten Preis zum Kauf an und ich antworte darauf: falls es mir bei demnächstiger Besichtigung gefällt, so werden wir gleichwohl, auch wenn der Offerent hierauf schweigt, keinen Kauf auf Besicht, sondern vielmehr eine höfliche Ablehnung der Offerte annehmen[1]).

Andererseits kann man natürlich nicht sagen, dass der Mangel der Fristbestimmung ohne Weiteres die Ernstlichkeit der Absicht ausschliesst; am wenigsten da, wo die Uebergabe zum Zwecke der Besichtigung oder Prüfung stattgefunden hat oder bedungen ist.

Eine subsidiäre gesetzliche Frist aber besteht weder nach gemeinem [2]) noch nach Handelsrecht.

Das gemeine Recht enthält für den Fall der mangelnden Fristbestimmung überhaupt keine direkte Vorschrift, und dass auch die Analogie einer Interpellation nicht statthaft ist, wird jetzt wohl von den Meisten anerkannt [3]).

Halten wir nun aber daran fest, dass die Genehmigung formell nichts anderes ist als die Erfüllung einer Potestativbedingung, so gewinnen wir für die Beantwortung der Frage eine allgemeine Grundlage. Auch bei anderen Potestativbedingungen innerhalb der negotia bonae fidei kann es nicht in

1) Dies ist auch nach Handelsrecht nicht anders. Der Art. 339 setzt einen ernstlich beabsichtigten Kauf auf Probe voraus.

2) Dass die in L. 31 §. 22 D. cit. für das pactum displicentiae bestimmte Frist von sechzig Tagen nicht auf unsern Fall analog ausgedehnt werden kann, ist jetzt wohl allseitig anerkannt.

3) Die Analogie der Interpellation beruht auf der irrigen Vorstellung, dass der Käufer zur Erklärung verpflichtet ist.

der Absicht der Parteien liegen, dass dem einen Theil eine unbegränzte Zeit zur Erfüllung und damit zur Speculation gegeben werde. In dieser Beziehung ist schliesslich zwischen der Bedingung, „falls mir die Sache gefällt", und „falls ich hieher übersiedele", kein Unterschied. In beiden Fällen führt die bona fides zu dem Resultate, dass die Bedingung zu erfüllen ist, sobald dies unter den obwaltenden Umständen, so wie sie den Parteien beim Vertragsabschlusse vorlagen, möglich ist. Demnach ist die Genehmigung zu erklären nach Ablauf einer solchen Frist, welche theils nach allgemeinen Merkmalen theils nach der Beschaffenheit des concreten Falles als nothwendig und ausreichend für die Prüfung und beziehungsweise für die Gewinnung des Urtheils erscheint [1]). Die Ausmessung dieser Frist von Seiten des Richters hat selbstverständlich lediglich eine retrospektive und declaratorische, nicht aber eine für die Zukunft wirkende constitutive Bedeutung [2]).

Dagegen lässt sich nach gemeinem Rechte die Nothwendigkeit einer Aufforderung zur Erklärung von Seiten des Gegners selbst nur zum Zwecke der Constatirung nicht nachweisen. Es handelt sich um Erfüllung einer Potestativbedingung; dieselbe wird erfüllt oder wird nicht erfüllt ganz unabhängig von einer Thätigkeit des Gegners. Solche Aufforderung kann ganz zweckmässig sein; ein wesentliches Moment im Thatbestande der Deficienz der Bedingung ist sie nicht [3]).

1) Man kann hier auch an die Analogie der Frist der Rückgabe beim Commodat erinnern.

2) Abgesehen von ganz speciellen Bestimmungen hat der Richter überhaupt kein Recht und keine Möglichkeit mangelnde Anordnungen der Parteien constitutiv zu ergänzen. Die Neigung, überall wegen solcher ergänzenden Hilfe auf den Richter zu verweisen, (z. B. auch bezüglich der Bestimmung des Kaufpreises) war früher grösser als jetzt; es bedarf daher keiner weiteren Erörterung über diesen Punkt. — Irrthümliches bei Wendt a. a. O. S. 89, der die Frist durch eine Art von Feststellungsklage richterlich bestimmen lassen will. Diese Ansicht wäre irrig, selbst wenn an und für sich die Analogie des richterlichen spatium deliberandi beim Erbschaftsantritt zulässig wäre.

3) Auch die Analogie von L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1), ist nicht zutreffend. Dort handelt es sich in erster Linie um einen Vorvertrag, dessen Erfüllung verlangt wird, beziehungsweise zu dessen

Das Handelsgesetzbuch bestimmt die Frist ganz im Einklange mit der obigen Ausführung, verlangt aber nach Ablauf derselben zur Herbeiführung der Deficienz noch eine Aufforderung von Seiten des Gegners.

„In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann [1]) der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Frist den Käufer zur Erklärung auffordern.“

Diese Aufforderung ist an keine Förmlichkeit gebunden, insbesondere muss sie nicht durch das Gericht erfolgen. Ob sie nicht auch durch Vermittelung des Gerichts erfolgen kann, ist eine Frage, bei deren Beantwortung zwei ganz verschiedene Punkte nicht immer genau unterschieden werden. Es handelt sich einmal darum, ob das Gericht verpflichtet und, was damit identisch ist, berechtigt ist, einem solchen Antrag zu entsprechen? Dies glaube ich für das gemeine Recht verneinen zu sollen; es muss hier die schon oben gemachte Bemerkung wiederholt werden, dass das gemeine Recht eine Intervention des Gerichts zum Zwecke der Abwickelung von Privatrechtsverhältnissen nur in besonderen Fällen kennt (z. B. Bestimmung der erbrechtlichen Deliberationsfrist). Aber der Käufer, an welchen eine solche gerichtliche Aufforderung gelangt, hat — das ist der andere Punkt — kein Recht sie zurückzuweisen; gerade wegen der Formlosigkeit kann sie auch auf diesem Wege mit Wirksamkeit an ihn herantreten.

Die Aufforderung kann möglicher Weise auch in Gestalt der Klage erfolgen, nämlich dann, wenn die Sache zur Be-

Erfüllung sich der verpflichtete Theil bereit erklärt. Daneben ist die Nichterfüllung zugleich Bedingung einer Conventionalstrafe. In unserem Falle dagegen handelt es sich blos um die Bedingung. Gar nicht hieher gehört L. 135 §. 2 D. eod. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 126. Im Gegensatze hiezu halten manche Juristen sogar eine zweimalige Aufforderung für nöthig. Cropp in seinen und Heise's Abhandlungen S. 198, 199.

1) Dieses „kann“ hat den Sinn, dass der Verkäufer, welcher nicht auffordert, gebunden bleibt, so dass er sich auch die nachträgliche Genehmigung des Käufers gefallen lassen muss. Anderer Ansicht Gareis a. a. O. S. 599. Allein dann ist die Aufforderung nur, wie nach gemeinem Recht, eine Vorsichtsmassregel und das Gesetz ertheilt einen guten Rath.

sichtigung übergeben ist. Alsdann kann der Verkäufer auf Rückgabe klagen und dadurch den Käufer in die Nothwendigkeit versetzen, sich zu entscheiden. Die genehmigende Erklärung müsste aber auch hier sofort, d. h. sofort nach der Zustellung der Klage, nicht erst in der mündlichen Verhandlung stattfinden [1]).

Dagegen ist eine Klage aus dem bedingten Kaufvertrage selbst unmöglich [2]); falls daher die Uebergabe zur Besichtigung nicht stattgefunden, ist auch eine Aufforderung in Gestalt der Klage nicht denkbar [3]).

Zu 2) Damit gelangen wir zur zweiten Frage, nach der Wirkung der unterlassenen Erklärung.

a) Dass nach gemeinem Rechte diese Wirkung nicht, wie man früher zuweilen gelehrt hat, in einer mora des Käufers besteht, ist jetzt wohl allgemein anerkannt [4]).

Vielmehr kann die Unterlassung der Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen lediglich als Vereitelung der Bedingung aufgefasst werden.

b) Hiemit stimmt das H.G.B. völlig überein, indem es zur Abwendung dieser Wirkung nur noch ausdrücklich die sofortige Erklärung des Käufers im Falle der an ihn ergangenen Aufforderung verlangt. Nach gemeinem Recht ist solche Aufforderung nicht nöthig; erfolgt sie gleichwohl, so ist die Nothwendigkeit sofortiger Erklärung ohne Weiteres selbstverständlich.

1) Was die Kosten anlangt, vgl. R.C.P.O. §. 89.

2) Abgesehen natürlich von der hier gar nicht in Betracht kommenden Feststellungsklage.

3) Selbst ein so scharfer Jurist wie Thöl (§. 259 A. 33) lehrt das Gegentheil. Dies ist eine Consequenz der irrigen Auffassung, welche den rechtlichen Zustand vor der Entscheidung als „Vorvertrag" construirt. — Ganz unbegreiflich ist, wie man für die hier bekämpfte Ansicht L. 13 §. 27, 28 D. de a. e. v. (19, 1) geltend machen kann Beide Stellen, mögen sie im Uebrigen zu erklären sein wie immer, sprechen ja doch nicht von einem bedingten Kauf und lassen auf einen solchen auch keine analoge Ausdehnung zu, die mit den bekanntesten Rechtsgrundsätzen im Widerspruch stehen würde. — Vangerow §. 635 II (Bd. III S. 437).

4) Wohl aber kann für den Käufer eine mora eintreten in Beziehung auf Rückgabe der Sache. Beides ist wohl öfters verwechselt worden. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 123, 128 fgg.; Fitting Archiv S. 250; Thöl §. 259 A. 34.

Eine andere Entscheidung bietet das gemeine Recht auch für den Fall nicht dar, wenn die Sache zur Probe übergeben ist; das blose Behalten derselben über die Frist hinaus kann [1]) als stillschweigende Genehmigung nicht betrachtet werden.

Das Handelsrecht hat eine abweichende Bestimmung (§ 339 Abs. 4).

> „Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zweck der Besichtigung oder Probe bereits übergeben, sô gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.“

Es handelt sich hier nicht um eine gesetzliche Auslegungsregel, wider welche der Gegenbeweis zulässig wäre, sondern um die gesetzliche Wirkung eines objectiven Thatbestandes, die also auch eine Vergewaltigung der Absicht in sich schliessen kann (z. B. im Falle des Vergessens, des Verlierens, der Verhinderung durch Krankheit u. s. w.)

Gegen die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung, welche die Aussichten des Verkäufers auf Perfektion des Geschäfts erhöht und zugleich der durchschnittlichen Absicht des Käufers entspricht, ist nichts einzuwenden. Gleichwohl ist sie so durchaus positiver Natur, dass von einer Uebertragung auf das gemeine Recht keine Rede sein kann [2]).

V. Ist zum Zwecke der Besichtigung oder Erprobung die Sache dem Kaufliebhaber anvertraut, so handelt es sich weiter um die Rückforderung im Falle der Nichtgenehmigung. Dieselbe kann nicht mittelst der actio venditi erfolgen; denn noch im heutigen Rechte, so gut wie zu Ulpian's Zeiten ist die Contraktsklage nach Vereitelung der Suspensivbedingung

1) Anders natürlich, wenn diese Auslegung vorher vertragsmässig festgesetzt ist.

2) Namentlich kann nicht L. 20 pr. de praescr. v. (19, 5) angezogen werden. — Uebrigens hat nach gemeinem Rechte der Käufer, der nicht zurückgibt, immerhin den Mangel der Absicht zu beweisen, — und im Erfolge wird daher die handelsrechtliche und die gemeinrechtliche Auffassung oft zusammentreffen. Der theoretische Unterschied zwischen beiden Systemen wird häufig übersehen. (Richtig Thöl § 259 A. 1, I. S. 240, 247—249). Vgl. im Allgemeinen Fitting Zeitschrift Bd. 5 S. 112 A. 25, Archiv Bd. 46 S. 250; über die Beweislast Goldschmidt a. a. O. S. 127 fgg.

unmöglich [1]). Es tritt also auch für das heutige Recht der Gesichtspunkt eines durch das Anvertrauen geschlossenen Realcontrakts, aus welchem die Rückforderung abzuleiten ist, in den Vordergrund. Nur ist, wie schon bemerkt, unsere Construktion eine andere als die der Pandektenjuristen. Uns erscheint das gesammte Verhältniss als alternative Verbindung zweier Obligationen; entweder der Kauf wird perfekt, dann deficirt die Bedingung der Rückforderung, oder umgekehrt. Die materiellen Grundsätze der Rückleistung aber sind natürlich auch jetzt noch die nämlichen wie nach römischem Recht: Haftung für dolus und omnis culpa, Verbindlichkeit zur Erstattung alles des Gewinnes, der im Widerspruch mit dem Wortlaut oder der Interpretation des Geschäfts gemacht worden ist [2]). Umgekehrt ist es nach heutigem Rechte wohl nicht zweifelhaft, dass auch ein Gegenanspruch auf Ersatz von Auslagen u. s. w. entspringen kann [3]).

Verspricht der Käufer für die Besichtigung, den Gebrauch u. s. w. im Falle der Nichtgenehmigung eine Entschädigung, so nähert sich der Vertrag einer locatio conductio [4]) und die Analogie des von Gaius III, 146 [5]) besprochenen Falles tritt dann noch schärfer hervor.

Verschieden von der Entschädigung ist die Strafe, welche der Käufer für den Fall der Nichtgenehmigung verspricht. In den Quellen ist dieses Verhältniss nicht erwähnt; soweit es von juristischem Interesse ist, wird es noch später zur Sprache kommen.

Aber auch diejenige Besichtigung und Erprobung, die an der im Besitze des Verkäufers verbleibenden Sache vorgenom-

1) Von einer analogen Anwendung der Sätze, welche bei der s. g. Resolutivbedingung, sowie beim Kauf einer nicht existirenden oder nicht verkehrsfähigen Sache gelten, kann hier keine Rede sein.

2) L. 20 pr. D. cit.

3) Alfenus Varus in L. 52 §. 3 D. ad leg. Aqu. (9, 2) denkt selbst beim resolutivbedingten Kauf (S. 238) nur an die actio legis Aquiliae.

4) L. 20 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5).

5) Diese Stelle hat Goldschmidt bei seinen Ausführungen auf S. 122 (vgl. S. 364), die auch sonst nicht zutreffend sind, nicht berücksichtigt. Es liegt ein von Anfang an alternativ bedingter Complex von Geschäften vor und L. 8 pr. D. mand. (17, 1) sowie L. 1 §. 11—13 D. deposit. (16, 3) haben damit gar nichts zu thun.

men wird, erzeugt im heutigen Rechte entsprechende Verbindlichkeiten. Das römische Recht vermochte freilich in diesem Fall — der in den Quellen nicht erwähnt wird — keinen unbenannten Realcontrakt zu construiren, und würde also nur die Deliktsklagen zur Verfügung gestellt haben; dass nach heutigem Rechte auch hier ein stillschweigender Vertrag mit gegenseitigen Ansprüchen entsteht, ist mir nicht zweifelhaft [1]).

Dritter Abschnitt.

Der Hoffnungskauf.

§. 182.

Die Zweiseitigkeit des Vertrages ist formell auch dann gewahrt, wenn der unbedingten Verpflichtung eine bedingte gegenübersteht; in diesem Sinne sind unzweifelhaft auch die Versicherungsverträge u. s. w. zweiseitig [2]).

Aber für den Kauf ist auch die Zweiseitigkeit des Vollzugs als Regel nothwendig; ist ja doch der zweiseitige Vollzug älter als der zweiseitige Contrakt.

Daher muss die Zweiseitigkeit des Vertrags so beschaffen sein, dass aus ihr diejenige des Vollzugs hervorgehen kann. Nichtig ist daher der Kaufvertrag, dessen eine Seite gegenstandslos ist, (res extra commercium, nicht existirende Sache u. s. w.), sollte auch wegen obwaltender Unwissenheit die subjective Zweiseitigkeit bestehen; hievon ist später noch genauer zu sprechen.

Zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber doch in Frage gestellt ist diese Zweiseitigkeit des Vollzugs dann, wenn der unbedingten Verpflichtung eine bedingte gegenübersteht —; im Gegensatze zu dem Fall, wenn die Bedingung den Vertrag in seiner Totalität ergreift.

Ein solches Geschäft ist in folgender Weise zu beurtheilen.

1) Man denke an das Probiren eines musikalischen Instrumentes, das im Besitze des Verkäufers bleibt. Goldschmidt S. 122.

2) Gerade wie die formelle Zweiseitigkeit auch bei gegenseitiger correspondirender Bedingung besteht (Wette).

In dem Fall, dass die Bedingung der Gegenleistung deficirt, hat auch die unbedingte Leistung nicht den Charakter kaufmässiger Erfüllung, sondern den der Schenkung oder einer sonstigen einseitigen und unentgeltlichen Causa. Es liegt also die alternative Combination zweier Geschäfte vor; und insofern ist es richtig, dass auch hier die Bedingung das Geschäft, soweit es Kauf ist, im Ganzen und nicht blos in der einen Richtung ergreift [1]). Bei der entgegengesetzten Behandlung vermöchten die Parteien das wesentliche Erforderniss der Zweiseitigkeit in rein formeller Beziehung zu beobachten, um es gleichzeitig materiell preiszugeben.

Von diesem Satze macht nur der Hoffnungskauf eine Ausnahme. Derselbe ist ein Kaufvertrag, dessen eine Seite bedingt ist, aber dergestalt, dass auch im Falle der Vereitelung der Bedingung das Geschäft gleichwohl als Kauf, die einseitige Leistung als kaufmässige Leistung erscheint.

Die Eventualität einseitiger Erfüllung unbeschadet der Einheit des Geschäftes liegt also hier in der Absicht der Parteien, und diese eigenthümliche Absicht ist rechtlich sanktionirt [2]).

Gerade vom Standpunkt der Keller'schen und der verwandten Theorien, welche den Schwerpunkt des Vertrages in den Vollzug verlegen, macht dieses Geschäft besondere Schwierigkeiten; seine geringe praktische Bedeutung bewirkt freilich, dass es bei der allgemeinen Untersuchung des kaufrechtlichen Synallagma meistens übersehen wird.

§. 183.

Die Zweiseitigkeit des Vollzugs ist zwar die Regel, aber dieselbe erleidet, wie wir schon wissen, eine wichtige, von dem rechtsgeschäftlichen Willen völlig unabhängige Ausnahme durch die Behandlung des Perikulum. Will man sich hier

1) Selbstverständlich sind je nach der concreten Absicht auch noch andere Construktionen möglich: Schenkung mit bedingtem Versprechen einer Gegenschenkung. Vielleicht kann auch die Ernstlichkeit der Absicht fehlen. Wichtig ist für uns nur, dass ein Kauf jedenfalls nur im Falle der Existenz der einseitigen Bedingung vorhanden ist.

2) Vgl. L. 11 §. 18 D. de a. e. v. — „recipitur" (Julian); L. 11 D. de h. vel a. v. (18, 4) (admittitur); L. 8 pr. §. 1 D. h. t.

nicht mit juristisch werthlosen und nichtssagenden Fiktionen behelfen, so muss man als mögliches Resultat anerkennen, dass der Käufer zu leisten hat, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Der zweiseitige Vertrag verläuft möglicher Weise in einseitigem Vollzuge [1]).

Kann diese Modification durch Zufall eintreten, so ist es nicht undenkbar, dass sie auch durch rechtsgeschäftliche Absicht herbeigeführt wird. Die emtio spei ist nichts anderes als der Kaufvertrag, bei welchem der Käufer vertragsmässig die Gefahr der Nichtexistenz des Kaufobjects übernimmt. Damit ist der auf die eine Seite des Contrakts bezogenen Bedingung zugleich ihr bestimmter Inhalt gegeben, derselbe kann sich immer nur auf die Existenz der Sache beziehen [2]). Bedient man sich dann des Ausdruckes, die „Hoffnung" werde gekauft, so ist bereits oben bemerkt, dass durch dieses Bild die juristische Construktion mehr verdeckt als aufgeklärt wird. (S. 142).

Die Vermittlung gewissermassen zwischen diesem Kaufe und dem Perikulum, das ich als den Ausgangspunkt der Erklärung betrachte, gewährt der Satz, dass beim gewöhnlichen bedingten Kauf der Käufer die Gefahr (des Untergangs) für die Zwischenzeit vertragsmässig übernehmen kann. Diesen Satz spricht Ulpian (lib. VIII. Disput.) in L. 10 D. de periculo (18, 6) aus:

> Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset ut res periculo emtoris servaretur, puto pactum valere [3]).

Es muss hier daran erinnert werden, dass bereits Gaius eine Verabredung kennt, die noch viel anomaler erscheint.

1) Ob es noch sonstige Fälle unwillkürlicher Einseitigkeit des Vollzugs gibt, ist an dieser Stelle gleichgiltig. Vgl. Bd. I S. 597.

2) Eine viel weitergehende Bedeutung nimmt Windscheid §. 387 A. 1 an, ohne Anhalt in den Quellen.

3) Ich glaube nicht, dass dieses „puto" im Sinne einer zweifelnden Entscheidung verstanden werden muss; es kann darin (man beachte auch die Inskription) die höfliche Zurückweisung einer entgegengesetzten Ansicht liegen, die sich möglicher Weise auf ein Argument stützt ähnlich dem in L. 11 §. 15 D. de a. e. v. (19, 1) von Julian vorgeführten. Gerade in dem Falle, wenn die Beifügung der Bedingung im Interesse des Käufers ist, hat der Verkäufer gerechte Ursache, sich gegen die Möglichkeit des Untergangs der Sache in der Zwischenzeit sicher zu stellen, wie sollte hier die Verabredung als gegen die bona fides verstossend erscheinen?

In der schon öfter erwähnten Stelle seiner Institutionen III, 146 führt er unter den Fällen des zwischen Kauf und Miethe streitigen Gränzgebietes auch den vor, wenn der Eigenthümer dem Spielunternehmer Gladiatoren mit der Verabredung überlässt, dass für die Getödteten oder Schwerverwundeten eine bestimmte Summe als Ersatz zu leisten, die anderen mit einem bestimmten „Schweissgeld“ (pro sudore) zurückzugeben seien. Der Streit ist nach Gaius dahin entschieden, dass sich der Charakter des Geschäfts durch den Ausgang bestimmt; im ersteren Falle liegt ein Kauf, im zweiten eine Miethe, in der Zwischenzeit also ein alternativ bestimmtes Verhältniss, bedingter Kauf und bedingte Miethe vor. Die Schwierigkeiten dieser Stelle können hier noch nicht vollständig erledigt werden; namentlich muss die Frage, warum nicht einfach ein Miethvertrag mit Aestimation oder ein unbenannter Realcontrakt mit alternativer lex angenommen wurde, noch offen gelassen werden. In diesem Zusammenhang ist die Stelle deshalb von Interesse, weil Gaius und seine Gewährsmänner einen bedingten Kauf als zulässig erachten, der nicht einmal mit der blosen Uebernahme der Gefahr verbunden, sondern gerade direkt nur für den Fall des Untergangs (oder der Entwerthung der Sache) geschlossen ist. Ist ein solcher Kauf möglich, den man analog wohl als emtio necis oder interitus bezeichnen könnte, — so erscheint im Vergleiche damit der von Ulpian besprochene Fall als sehr harmlos.

Gerade dieser Fall — obschon er in den Quellen nicht als emtio spei bezeichnet wird — beruht genau auf der nämlichen juristischen Construktion, und schliesst sich andererseits an die unwillkürliche Einseitigkeit des Vollzugs am ersten an. Der Käufer kauft bedingungsweise dergestalt, dass er ohne Rücksicht darauf, ob die Sache zur Zeit der Erfüllung der Bedingung noch existirt oder nicht, seinerseits zu leisten verpflichtet ist.

So tritt denn auch die technisch so genannte emtio spei selbst als Kauf einer res futura auf, bei welcher der Verkäufer die Gefahr, dass dieselbe nicht zur Existenz gelangt, übernimmt. Gleichwohl aber ist keine reine emtio rei futurae vorhanden, insofern der Verkäufer zu positiver Thätigkeit be-

1) Uebrigens wird vom Perikulum beim bedingten Kaufe in späterem Zusammenhange noch weiter zu sprechen sein.

züglich der Gewinnung der Sache verpflichtet ist. Insoferne liegt immerhin, auch wenn diese Thätigkeit erfolglos ist, eine gewisse Zweiseitigkeit der Erfüllung vor. Nach dieser Seite ist das Geschäft schon oben (S. 76, 142) genauer besprochen worden.

Es hat aber eine Ausdehnung des Hoffnungskaufes stattgefunden, indem der Käufer auch die Gefahr bezüglich der gegenwärtigen Existenz des Kaufobjects übernehmen kann, wo dann möglicher Weise jede Gegenleistung des Verkäufers, selbst eine blos präparatorische, wegfällt[1]).

Für den Erbschaftskauf kommen in objectiver Beziehung zwei Momente in Betracht:

1) Die Existenz einer Erbschaft überhaupt — im Gegensatz zu dem Fall, wenn der angebliche Erblasser noch lebt oder wenn er gar nicht existirt hat oder — als Sklave — nicht in der Lage war, eine Erbschaft zu hinterlassen. Hier ist der Kauf wegen mangelnden Objectes nichtig, vorbehaltlich allenfallsiger Entschädigung.

2) Die ausreichende rechtliche Beziehung des Verkäufers zu dieser Erbschaft. In dieser Beziehung kommen im Allgemeinen die Grundsätze von der Eviktion zur entsprechenden Anwendung.

Es kann in letzterer Beziehung auch das Gegentheil bestimmt sein, namentlich dadurch, dass als Object des Kaufes hypothetisch bezeichnet wird das Recht, welches der Verkäufer an der Erbschaft hat. Gleichwohl ist auch in diesem Falle die objective Existenz der Erbschaft die Voraussetzung der Giltigkeit des Geschäfts — und insofern stellt Paulus in L. 7 D. cit. (L. 14 ad Plautium) diesen Fall in geraden Gegensatz zur emtio spei:

> Quum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas ut sit emtio: nec enim alea emitur. ut in venatione et similibus, sed res; quae si non est, non contrahitur emtio et ideo pretium condicetur.

Allerdings aber kann auch sogar das Dasein der Erbschaft als zweifelhaft hingestellt und die darauf bezügliche Gefahr vom Käufer übernommen werden; dann liegt ein der emtio

1) L. 7—13 D. de h. vel a vend. (18, 4).

spei nächstverwandter Fall vor. Dies sagt Ulpian (L. 32 ad Edict.) in L. 11 D. eod.

Nam [1]) hoc modo admittitur esse venditionem: „si qua sit hereditas, est tibi emta", et quasi spes hereditatis; ipsum enim incertum rei veneat ut in retibus.

Erbschaften sind ungewiss, nicht nur bezüglich ihrer Zuständigkeit, sondern auch bezüglich ihres Daseins; für ein derartiges Geschäft ist daher hier gerade ein besonderes praktisches Bedürfniss vorhanden.

Gleichwohl wird man nicht behaupten können, dass diese Entscheidung auf den Erbschaftskauf, gewissermassen als Singularität, zu beschränken ist. Der nächstverwandte Fall ist der Forderungskauf. Hat dieser gerade wegen der Unsicherheit des Objects sogar die Wirkung, dass der Verkäufer für die Nichtexistenz ebenso haftet wie für die Eviktion [2]), so ist nicht einzusehen, warum nicht umgekehrt der Verkäufer die Gefahr der Nichtexistenz sollte auf sich nehmen können [3]).

Auch beim Kaufe von Servituten wird der Käufer die Gefahr bezüglich des Daseins der rechtlichen Voraussetzungen, insbesondere des Grundeigenthums auf seiner oder des Gegners Seite, übernehmen können.

Ich trage aber endlich auch kein Bedenken, die emtio spei in dieser Anwendung auf den Sachenkauf auszudehnen. Warum soll nicht Jemand Lose kaufen können dergestalt, dass er die Gefahr der allenfalls bereits stattgehabten Verlosung, also die Gefahr der rechtlichen Werthlosigkeit übernimmt oder den „allenfallsigen" Inhalt eines verschlossenen Gefässes u. s. w.? [4]).

§. 184.

Dagegen sind vom Hoffnungskauf noch einige scheinbar verwandte Verhältnisse zu unterscheiden.

I. Es liegt nahe, auch den garantielosen Kauf als Hoff-

1) Dieses nam ist im Zusammenhange der Compilation als concedirendes Uebergangswort zu verstehen: „denn allerdings". Die Worte „si qua sit h." bezeichnen zusammen das Kaufobject, die „allenfallsige Erbschaft."

2) L. 4, 5 D. eod. Das Genauere gehört in andern Zusammenhang.

3) Namentlich auch die Gefahr, dass die Forderung bereits getilgt ist.

4) Vgl. Sueton. Octav. c. 75.

nungskauf zu betrachten; gerade für die mit dem Kauf verbundene Erwartung des Behaltens (spes habendi, L. 35 D. de evict.) hat der Käufer hier keine Deckung. (S. 56.)

In der That hat Julian in der bekannten L. 11 §. 18 D. de a. e. v. (19, 1) diese Vergleichung als möglich angedeutet. Er meint, das pactum de non praestanda evictione befreie den gutgläubigen Verkäufer nicht von der Verpflichtung, den Kaufpreis zu ersetzen; denn es sei gegen die bona fides, dass der Käufer den Preis zahle und die Sache verliere; man müsste denn das Gegentheil in ähnlicher Weise zulassen, wie der Hoffnungskauf zugelassen ist.

Diese Parallele ist jedenfalls insoferne von Interesse, als sie dem Juristen das Zugeständniss abnöthigt, dass die Zweiseitigkeit des Vollzugs kein unbedingtes Gebot der bona fides ist; sonst könnte ja eben auch der Hoffnungskauf nicht zugelassen sein.

Im Uebrigen aber ist der Vergleich nicht zutreffend, wie ja auch Paulus in den oben citirten Stellen[1]) den garantielosen Kauf gerade in scharfen Gegensatz zum Hoffnungskauf setzt. Denn im ersteren Falle hat der Verkäufer die Gegenleistung erhalten. Die Gefahr ist, dass er sie verliert (rem amittere in L. 11 §. 18 D. cit.) — eine Gefahr, gegen welche die Rechtsordnung möglicher Weise unmittelbar gar keine Deckung gewährt; im anderen Falle erhält der Käufer von Anfang an keine Gegenleistung. Die Hoffnung des Bekommens und die Hoffnung des Behaltens sind wesentlich verschieden[2]).

II. Wieder ein anderer Fall ist der, dass der Käufer darauf angewiesen ist, sich den Besitz der Sache selber zu verschaffen. Mit dieser Modification der Erfüllung kann an sich die Verbindlichkeit des Verkäufers, für den Erfolg einzustehen, sehr wohl verbunden sein; alsdann liegt auch nicht der Schein einer Analogie vor. Wird aber die Gefahr des Erfolges vom Käufer übernommen, dann ist nicht sowohl ein Verkauf der Sache, als der auf sie bezüglichen (dinglichen oder persönlichen) Ansprüche vorhanden, wobei die Gefahr des

1) L. 7, L. 13 D. de h. vel a. v. (18, 4).

2) Das pactum de non praestanda evictione selbst und die Auslegung der Schlussworte von L. 11 §. 18 D. cit. gehört nicht hieher. Nur soviel ist ohne Weiteres einleuchtend, dass auch Ulpian die Analogie des Hoffnungskaufs nicht gelten lässt.

Erfolges ohnehin den Käufer trifft. Auch dieser Fall ist also — bei aller thatsächlichen Verwandtschaft — rechtlich von der emtio spei verschieden [1]).

§. 185.

Da bei der emtio spei das Kaufobject möglicher Weise gleich Null ist, so versteht sich von selbst, dass dabei auch weder von Eviktionsansprüchen [2]) noch von den ädilitischen Klagen die Rede ist; desto wichtiger kann hier dagegen die Frage werden, ob nicht von Seiten des einen Theiles ein Betrug vorliegt [3]).

Die Höhe des Kaufpreises aber unterliegt keinen besonderen Bestimmungen; thatsächlich wird sich dieselbe ja regelmässig anders gestalten, als beim normalen Kauf; aber rechtlich besteht volle Freiheit. Deshalb kann auch von laesio enormis keine Rede sein.

In dieser Beschaffenheit des Kaufpreises liegt schliesslich auch der Gegensatz des Hoffnungskaufes zum Ausspielgeschäft und anderen verwandten Erscheinungen. Das Charakteristische der letzteren ist gerade das absichtliche Missverhältniss zwischen der unbedingten Leistung und der bedingten Gegenleistung. Die erstere hat daher überhaupt nicht den Charakter des Kaufpreises; sie ist ein „Einsatz“, dessen Aequivalent zunächst die Theilnahme am Spiele selbst ist. Deshalb sagt auch der, zu dessen Gunsten sich die Bedingung entscheidet, gleichwohl nicht, er habe die Sache gekauft, sondern er habe sie gewonnen.

§. 186.

Die Resultate dieses Kapitels können wir in folgenden Sätzen zusammenfassen:

I. Der Kaufvertrag ist immer synallagmatisch. Auch das negotium claudicans macht keine Ausnahme; die beiden

1) Die thatsächliche Verwandtschaft tritt theilweise auch in der entsprechenden Benennung hervor. Rechtlich aber ist auch die s. g. emtio fugae nicht Kauf des Sklaven, sondern der denselben betreffenden Ansprüche (S. 144).

2) L. 8 §. 1 D. h. t.

3) L. 12 D. de h. vel a. v. (18, 4).

Seiten des Vertrages sind hier nur von ungleicher Stärke. Der Kauf auf Probe ist zweiseitig, insoferne er, wie jeder bedingte Kauf durch die Entscheidung der Bedingung entweder zweiseitig oder gar nicht zur Perfektion gelangt. Indem hier aber die Bedingung zwar nicht auf die Willkür des Käufers lautet, aber gleichwohl in seine Willkür verstellt ist, ergibt sich in anomaler Weise eine ungleichartige Stellung der Contrahenten in Beziehung auf die Perfektion des Geschäftes selbst.

II. Normaler Weise ist auch der Vollzug — soferne er überhaupt vom Vertrage getrennt ist, zweiseitig. Aber wie diese Zweiseitigkeit eine unwillkürliche Modification erfahren kann durch das Perikulum, so kann auch der Käufer vertragsmässig die Gefahr der künftigen, ja sogar der gegenwärtigen Nichtexistenz der Sache auf sich nehmen.

Zweites Buch.

Der Abschluss des Kaufvertrages.

Erstes Kapitel.

Verpflichtung zur Eingehung des Kaufvertrages.

§. 187.

Die Eingehung eines Kaufvertrages steht regelmässig und grundsätzlich im freien Belieben des Einzelnen [1]). Ausnahmsweise kann eine Verpflichtung zum Abschlusse begründet sein, und zwar durch Gesetz, durch Vermächtniss, durch Vertrag.

Von dieser Verpflichtung muss ein anderes Verhältniss wohl unterschieden werden. Es gibt nämlich bereits im römischen Rechte Fälle, in welchen Jemand befugt ist, durch einseitigen Willen eine fremde Sache gegen Leistung ihres Werthes an sich zu ziehen. Dieser Vorgang bietet mit dem Kaufe manche Analogien dar und es ist auch möglich, dass die Terminologie desselben darauf angewendet wird. Gleichwohl besteht ein principieller Unterschied. Der Verkauf ist ein Vertrag und die vorhergehende Verpflichtung kann daher keinen andern Inhalt haben als gerade den, bei dem Vertragsabschlusse als Contrahent mitzuwirken. Diese Verpflichtung kann dann möglicher Weise auch fiktionsweise erfüllt werden. (C.P.O. §. 779). Wo dagegen solche Verpflichtung zur contrahirenden Thätigkeit von vorneherein gar nicht besteht, sondern vielmehr nur der rechtliche Zwang, eine entgeltliche Enteignung über sich ergehen zu lassen, da ist von einem Kaufe, auch von einem erzwungenen Kaufe überhaupt keine Rede.

Aus diesem Grunde müssen schon nach römischem Rechte die folgenden Fälle ferne gehalten werden [2]).

1) L. 11, 14 C. h. t. (4, 38).

2) Vgl. dagegen Windscheid §. 388 A. 2. Im Wesentlichen wie hier Göppert in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 409.

1) Das Recht des Miteigenthümers, der den gemeinschaftlichen Sklaven freilassen will, die Antheile der Miteigenthümer entgeltlich zu erwerben. Davon, dass dieser Erwerb mittelst eines Kaufvertrages erfolgt, ist in den Quellen nichts gesagt. Im Gegentheil stellt der Gesetzgeber hier sogar einen bestimmten Tarif auf: durch Bezahlung oder Deposition der betreffenden Summe tritt der Erfolg ohne Weiteres ein, ohne reale oder auch fingirte Mitwirkung des Gegners [1]).

2) Das Recht des Fiscus, Sklaven, welche gewisse Verbrechen anzeigen, mit dem römischen Bürgerrechte zu beschenken. Der Herr wird auch hier entschädigt, aber von einem erzwungenen Kaufvertrage ist keine Rede; nicht einmal in der Terminologie [2]).

3) Das Recht des Staats, Gebäude zum Zwecke der Errichtung öffentlicher Anlagen zu zerstören. Auch hier tritt Entschädigung ein; die Auffassung aber, dass der Eigenthümer zur Eingehung eines Verkaufs verpflichtet ist, lässt sich in den Quellen nicht nachweisen [3]).

4) Auch der zwangsweise Aufkauf von Getreide u. s. w., wie er durch die Ll. 1 und 2 C. ut nemini liceat (10, 27) genauer geregelt ist, erscheint im Wesentlichen als einseitige Aneignung gegen Bezahlung des Werthes, nicht als erzwungener Abschluss eines Kaufcontrakts. Die Meinung ist doch offenbar die, dass die betreffenden Objecte gegen Verrechnung ihres Werthes an den Steuern oder gegen vorgängige Bezahlung einfach weggenommen werden können; eine Klage auf Abschluss eines Kaufvertrages liegt dem Gesetzgeber ganz ferne.

Sind nun alle diese Institute antiquirt, so bleibt [4])

1) L. 1 C. de commun. ser. (7, 7). Es gibt daher keine Klage auf Abschluss des Kaufvertrags.

2) L. 2 C. pro quib. caus. (7, 13).

3) L. 7 C. de oper. publ. (8, 12). Vgl. L. 50 C. Th. eod. (15, 1): „ut contractus quidam et permutatio facta videatur". Dies ist lediglich eine schwerfällige Denkform, nicht aber zwangsweise Fiktion des Abschlusses. — L. 53 i. f. eod.

4) Nicht hieher gehört Nov. 7 c. 2, welche von dem in c. 1 statuirten Veräusserungsverbot eine Ausnahme zu Gunsten von Veräusserungen an den Kaiser verfügt. Dass dieselben irgendwie den rechtlichen Charakter einer Zwangsveräusserung haben, ist nicht nur

5) als praktisches Verhältniss zunächst noch übrig die pfandrechtliche impetratio dominii. Auch sie beruht nicht auf einem erzwungenen Verkauf, wie denn die L. 3 C. de iure dom. imp. (8, 34) sogar jede sprachliche Analogie durchaus vermeidet. Der Eigenthümer der Pfandsache bleibt hier völlig passiv, auch nicht einmal fiktionsweise wirkt er beim Abschlusse eines Vertrages mit; der Pfandgläubiger ist berechtigt, unter gewissen Voraussetzungen gegen Bezahlung eines Geldäquivalents, bezw. gegen Aufrechnung auf seine Forderung die Pfandsache an sich zu ziehen: nur dass hier im Interesse des Gegners die Ausübung dieses Rechts an die Mitwirkung der Obrigkeit gebunden ist [1]).

6) So ist es mir denn auch nicht zweifelhaft, dass die Expropriation des heutigen Rechts nicht als Verpflichtung zur Eingehung eines Verkaufsvertrags aufgefasst werden kann. Auch hier ist die aktive Mitwirkung des Eigenthümers völlig unerheblich, er wird nicht darauf in Anspruch genommen und dazu verurtheilt, dass er seine Sache dem Berechtigten verkaufe, noch wird diese Verbindlichkeit fiktionsweise als erfüllt behandelt. Vielmehr vollzieht sich die Expropriation bei vollständiger Passivität des Eigenthümers; der Zwang besteht darin, dass er die Enteignung der Sache gegen Entschädigung über sich ergehen lassen muss [2]).

Noch viel weniger endlich sollte man die Fälle hierher rechnen, in welchen der Schuldner für seine Leistung die Abtretung eines Vermögensobjects des Gläubigers beanspruchen kann oder diese Abtretung von selbst eintritt; z. B. das beneficium cedendarum actionum, Abtretung des Pfandes an den Bürgen. Diese und ähnliche Verhältnisse sind nach Analogie des Kau-

nicht gesagt, sondern durch den Wortlaut geradezu ausgeschlossen: *ἀλλήλαις οὖν ἀντιδιδοῦσαι τὰ πρέποντα οὐκ ἂν ὑπό τινος εἰκότως μεμφθεῖεν.*

1) Wie man sich diese Mitwirkung selbst genauer vorzustellen hat, ist für unseren Zweck gleichgiltig. Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 240 fgg.

2) Vgl. Stobbe, deutsches Privatrecht (2. Aufl.) Bd. II S. 169 fgg., insbesondere S. 175. Ueber die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung (Subhastation) vgl. eben daselbst S. 166.

fes construirt; aber sie sind kein wahrer Kauf, weder ein freiwilliger noch ein erzwungener. (Vgl. S. 159) [1]).

§. 188.

Hiernach bleiben nur wenige Fälle übrig, wo in Wahrheit eine gesetzliche Verpflichtung zur Eingehung eines Kaufvertrags besteht. In allen diesen Fällen liegt die Verbindlichkeit auf Seiten des künftigen Verkäufers [2]). Die Fälle sind folgende:

1) Die Verpflichtung des Grundeigenthümers, unter gewissen Voraussetzungen gegen Bezahlung dem Nachbarn ein Wegerecht einzuräumen. Nach dem Wortlaute der betreffenden Stellen kann nicht angenommen werden, dass gegebenen Falles die Servitut auf einseitiges Verlangen gegen Leistung der Entschädigung von selbst entsteht, nach Analogie der Enteignung; vielmehr liegt hier in der That die gesetzliche Verpflichtung zur Eingehung eines Kaufvertrages vor und zwar dergestalt, dass das Gesetz auch den Preis, — als iustum pretium — bestimmt. Die Klage des Berechtigten geht also darauf, dass der Gegner verpflichtet ist, kaufweise eine Servitut zu bestellen; erfüllt er diese Verbindlichkeit nicht, so tritt Vollstreckung durch Fiktion nach Massgabe des §. 779 der C.P.O. ein [3]).

1) Jedenfalls ist es nicht consequent, wenn Windscheid a. a. O. lediglich den Erwerb des Pfandes von Seiten des zahlenden Bürgen anführt; mit demselben Rechte müsste doch auch das beneficium cedendarum actionum angeführt werden.

2) Eine besondere Bewandtniss hat es mit dem Falle, von welchem Gai. I, 53 handelt. (Vgl. § 2 I. de his qui sui (1, 8); L. 2 D. eod. (1, 6); Coll. Leg. Mos. et Rom. 3, 2, 3.) Hier besteht ein Zwang zum Verkaufe lediglich als polizeiliche Repression gegen den Missbrauch, den der Eigenthümer mit der Sache treibt. Daher ist auch kein bestimmter Berechtigter vorhanden, dem aus dieser Verpflichtung ein klagbares Recht entstünde. Es liegt ausschliesslich ein Verhältniss des öffentlichen Rechtes vor. Der Zwang erfolgt durch das Mittel der Multa. — Unerfindlich ist die zuweilen aufgestellte Behauptung, dass auch der, welcher durch Erbfolge Eigenthümer einer Sache wird, deren Commercium ihm fehlt, zum Verkaufe gezwungen wird. Die L. 9 §. 1 D. de re milit. (49, 16) spricht direkt dagegen.

3) L. 12 pr. D. de relig. (11, 7); L. 14 §. 1 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6). A. A. Göppert a. a. O. A. 4.

2) Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Gläubigers und der Verwandten bei der Zwangsversteigerung [1]).

3) Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Fiscus in Beziehung auf Metalle [2]).

§. 189.

Die Verpflichtung kann ferner durch letztwillige Anordnung begründet werden; sie ist alsdann eine Art des Vermächtnisses (und zwar im klassischen Recht des Damnationslegats.)

Dieser Fall ist insoferne der lehrreichste, weil dabei der Unterschied zwischen der Vorverpflichtung und dem Hauptvertrag selbst am schärfsten hervortritt.

Die Wirkung eines solchen Vermächtnisses besteht nämlich nicht etwa darin, dass der Legatar unmittelbar die Sache gegen Bezahlung des Preises fordern kann, in welchem Falle gar kein Kauf, sondern entweder ein bedingtes oder ein mit einem Modus beschwertes Sachenvermächtniss vorliegt,

1) L. 16 D. de reb. auct. iud. (42, 5); L. 60 D. de pact. (2, 14). Ein vollkommenes Vorkaufsrecht liegt hier freilich nicht vor. Voraussetzung ist, dass sich die betreffenden Personen an der Versteigerung selbst betheiligen; sie haben dann den Vorrang, auch wenn sie nur das gleiche, nicht ein höheres Gebot legen. Auf den wirklichen oder scheinbaren Widerspruch beider Stellen brauchen wir hier nicht einzugehen.

2) L. 1 C. de metallariis (11, 6). Auch der genauere Inhalt dieser Vorschrift ist für uns ohne Interesse. — Dagegen handelt die L. un. C. non licere habit. (11, 55) nicht von einem Vorkaufsrecht. Sie bestimmt, dass Jemand ein im Gebiete einer Metrocomie gelegenes Grundstück nur an Gemeindegenossen, nicht an Fremde verkaufen könne. Darin liegt also vielmehr eine Beschränkung des Commercium. — Das Vorkaufsrecht der Verwandten und der Mitberechtigten (consortes) ist bereits im römischen Rechte selbst wieder aufgehoben. L. 14 C. h. t.; cf. L. 6 C. Th. de contrah. emt. (3, 1). Ohne Zweifel hat das aufgehobene Recht, von welchem sich in den Quellen keine Spur erhalten (vgl. im Gegentheil L. 3 C. de commun. rer. al. 4, 52), lediglich eine provincielle Geltung gehabt (vgl. auch die Inskription). Westphal a. a. O. §. 5 S. 28—30. Ueber das s. g. Vor- (Rück-) kaufsrecht des dominus emphyteuseos, L. 3 C. de emphyt. iure (4, 66), vgl. Göppert a. a. O. S. 409.

das unter Umständen auch mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein kann [1]).

Vielmehr erzeugt das Vermächtniss zunächst eine mit der actio ex testamento geltend zu machende Verbindlichkeit für den Beschwerten, mit dem Honorirten den Kaufvertrag abzuschliessen. — Dieses Verhältniss zwischen dem Vermächtniss und dem Hauptvertrag ist am schärfsten ausgesprochen in L. 44 D. de solut. (46, 3) von Marcian:

In numerationibus aliquando evenit ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento. — Tantundem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare; nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium.

Für unsere Zwecke sind die folgenden Punkte von Interesse [2]):

1) Das Vermächtniss kann sowohl die Verbindlichkeit des Kaufens als die des Verkaufens auferlegen; der zweite Fall wird der häufigere sein [3]).

2) Der Testator kann den Preis bestimmen: ist derselbe unbestimmt gelassen, so ist der dem Werthe der Sache entsprechende Preis gemeint.

L. 49 §. 8, 9 D. de leg. I (30).

Meminisse autem oportet eum, qui damnatur fundum vendere, non gratis [4]) damnari hoc facere, sed hoc solum ut vendat vero pretio. Quodsi certo pretio sit damnatus facere, necesse habebit tanti vendere quanti damnatus est.

3) Die Belastung des Erben ergibt sich aus der Differenz zwischen dem angeordneten Preis und dem wahren Werth; nur diese Differenz kommt daher auch bei der Berechnung der quarta Falcidia in Betracht [5]).

Umgekehrt besteht auch nur in dieser Differenz der pecuniäre Vortheil des Legats für den Honorirten. Gleichwohl ist dasselbe auch giltig, wenn sich der Preis nach dem Werth

1) L. 41 §. 9 D. de leg. III (31); Göppert a. a. O. S. 408 A. 2.

2) Vgl. im Allgemeinen Arndts im Glück'schen Commentar Bd. 47 Abth. 2 S. 6.

3) L. 66 D. de leg. I. (30).

4) Es ist dabei ohne Zweifel an eine venditio nummo uno gedacht.

5) L. 87 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2). Vgl. auch L. 7 D. de fideicomm. lib. (40, 5).

bestimmt; der Vortheil besteht hier in der erzwingbaren Gelegenheit zu kaufen (oder zu verkaufen).

Gaius L. 66 D. de leg. I (30):

Et si aequo pretio emere vel vendere iusserit heredem suum testator, adhuc utile legatum est. Quid enim si legatarius, a quo emere fundum heres iussus est, quum ex necessitate eum fundum venderet, nullum inveniret emtorem? vel ex diverso, quid si legatarii magni interesset eum fundum emere nec aliter heres venditurus esset quam si testator iussisset?

4) Das Vermächtniss bezieht sich auf den Verkauf in seiner Totalität, daher nicht blos auf den Abschluss, sondern auch auf den Vollzug des Geschäfts. In letzterer Beziehung hat daher der Legatar die Wahl zwischen der Contrakts- und der Vermächtnissklage.

Paulus L. 5 pr. D. de a. e. v. (19, 1):

Si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propria sunt, vel ex emto vel ex testamento agi cum eo poterit.

Namentlich steht daher auch dem verkaufenden Legatar für die Kaufpreisforderung das mit dem Vermächtnisse verbundene gesetzliche Pfandrecht zu [1]).

5) Eine Bestimmung darüber, wie lange der Onerirte durch das Vermächtniss gebunden bleibt, enthalten die Quellen nicht. In Ermangelung besonderer Festsetzung im Testamente selbst muss nach der die Fideicommisse beherrschenden Billigkeit angenommen werden, dass der Belastete nach Ablauf angemessener Zeit befugt ist, seine Befreiung herbeizuführen und zwar, da gerichtliche Deposition ausgeschlossen ist, durch Anerbieten der Erfüllung an den Honorirten. Wird dieses Anerbieten nicht angenommen, so ist der Honorirte als verzichtend zu betrachten. Hier kommt also die Analogie der L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1) allerdings zur Anwendung. Nur ist es weder wesentlich, dass die Aufforderung zweimal, noch dass sie vor Zeugen erfolgt.

1) Vgl. auch L. 30 §. 3 D. de leg. III (32); L. 41 §. 9 D. eod., wo die Leistung der Eviktionsgarantie ausdrücklich im Vermächtnisse angeordnet ist.

Es wäre also die Meinung durchaus irrig, als bestünde die Belastung ausschliesslich in der Nothwendigkeit, eine vom Honorirten ausgehende Offerte anzunehmen. Die Initiative zur Erfüllung des Vermächtnisses d. h. die Offerte des Vertragsschlusses, steht auch dem Onerirten zu. Es verhält sich in dieser Beziehung nicht anders, wie bei jedem Vermächtnisse.

6) Ist der Inhalt des Vertrags vom Testator nicht genauer bestimmt, so braucht sich keiner der beiden Contrahenten auf nachtheilige Abweichungen von der normalen Gestaltung einzulassen [1]). Daher wird der unmittelbare Vollzug die Regel sein, von der ausgegangen werden muss. Aufschub — zweiseitiger oder einseitiger, Creditirung u. s. w. setzen beiderseitige Uebereinkunft voraus.

7) Das Vermächtniss ist auch denkbar als zweiseitiges; dem einen Theil wird die Verbindlichkeit zu verkaufen, dem andern die zu kaufen auferlegt [2]). Auch in diesem Falle entsteht der Kauf selbst erst durch Vertragsabschluss, das Besondere ist nur, dass jede Partei denselben einseitig verlangen kann.

§. 190.

Wir gelangen zum dritten Entstehungsgrunde, zum Vertrage, den wir in dieser Anwendung als Vorvertrag bezeichnen.

Der Vorvertrag (pactum de contrahendo) ist der Vertrag, welcher den Abschluss eines andern Vertrags zum Inhalte hat. Diesen zweiten nennen wir im Verhältnisse zu jenem den Hauptvertrag. Der Abschluss des letzteren hat unter dieser Voraussetzung eine Wirkung nach zwei Richtungen; er wirkt zugleich aufhebend (befreiend) und schaffend.

Im Folgenden beschränken wir uns zunächst auf den einseitigen Vorvertrag; vom zweiseitigen wird am Schlusse §. 195, besonders die Rede sein.

1) Mit andern Worten: die Erfüllung des Vermächtnisses besteht zwar immer in der Vornahme eines Kaufes, aber nicht nothwendig im Abschlusse eines Kaufcontrakts.

2) Namentlich als Praelegat kann dieses Verhältniss vorkommen.

Der einseitige Vorvertrag begründet für den Promittenten die Verpflichtung, beim Abschlusse eines anderen Vertrages als Contrahent mitzuwirken[1]).

Gerade durch diesen, auf den Abschluss eines zweiten Vertrages gerichteten Inhalt unterscheidet sich der Vorvertrag nicht nur von der Offerte, auch der unwiderruflichen, — wovon im §. 192 noch weiter die Rede sein wird — sondern auch von dem bedingten Hauptvertrag. Diese beiden Verhältnisse schliessen sich gegenseitig aus, das bereits bedingt abgeschlossene Geschäft kann nicht zum zweitenmal abgeschlossen werden. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass in der geschäftlichen Tendenz und im praktischen Resultat der Vorvertrag und der Kauf auf Probe nahe verwandt sind [2]).

Die Klage aus dem Vorvertrag geht in erster Linie auf Erfüllung. Die entgegengesetzte Ansicht, dass nur Entschädigung verlangt werden könne, hängt mit dem Irrthum

1) Vgl. zum Folgenden namentlich die verdienstliche Schrift von Degenkolb „über den Begriff des Vorvertrags“ (Freiburger Programm 1871). Die dort angeregten Bedenken bezüglich der Definition berühren uns hier nicht, da jedenfalls beim Kaufe von einer festen Offerentenrolle keine Rede ist. Vgl. auch Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen S. 128—133 und denselben in Endemann's Handbuch Bd. II S. 417—422. Göppert a. a. O. S. 400 fgg. Windscheid §. 310. Von dem Vorvertrag zu Gunsten eines Dritten (Degenkolb S. 30) weiter zu sprechen ist hier keine Veranlassung.

2) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 16, 17, 24. Die Vermengung von Hauptvertrag und Vorvertrag findet sich auch bei hervorragenden Schriftstellern; sie wird veranlasst durch die falsche Meinung, als ob die im Vorvertrage übernommene Verpflichtung gar nicht erst noch der besonderen Erfüllung bedürfte, sondern gegebenen Falls ohne Weiteres als die für den Abschluss des Hauptvertrags erforderliche Willenserklärung gelte. Diese Auffassung stimmt weder mit der dem Vorvertrage zu Grunde liegenden empirischen Absicht, noch kann sie sich auf das positive Recht berufen. Vgl. Thöl Handelsrecht §. 246. Goldschmidt in dem öfter citirten Aufsatz im Bd. 1 seiner Zeitschrift, namentlich S. 263, 291; dawider Fitting ebendaselbst Bd. 2 S. 228, und Unger Bd. 3 S. 338 fgg. Die Auffassung, dass der Kauf auf Probe Vorvertrag ist, aber eigenthümlich verquickt mit der Theorie vom negotium claudicans, findet sich auch jetzt noch bei Arndts §. 301 A. 5.

zusammen, als ob bei allen obligationes quae in faciendo consistunt grundsätzlich nur die Verbindlichkeit zur Entschädigung sich in obligatione befinde.

Dass im römischen Formularprocesse gleichwohl die Verurtheilung nur in Geld erfolgen konnte, ist nichts Besonderes. Im heutigen Rechte lautet das Urtheil unmittelbar auf Erfüllung [1]) durch Abgabe der zum Vertragsschlusse nothwendigen Willenserklärung. Ob ein solches Urtheil auch direkt vollstreckt werden könne, war nach gemeinem Recht bis in die neueste Zeit controvers [2]). Jetzt ist dieser Streit entschieden durch den §. 779 der R.C.P.O. [3]).

> Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.

Diese Wirkung tritt ohne Weiteres und von selbst ein. Deshalb hat hier auch nicht, wie in den andern Fällen, wo Verurtheilung zur Vornahme einer Handlung vorliegt, der Gläubiger die Wahl zwischen der direkten Vollstreckung und der Geltendmachung seines Interesses (§. 778).

Demnach ist also der Hauptvertrag geschlossen im Augenblicke der Rechtskraft des Urtheils [4]). Es bedarf weder einer neuen Offerte noch einer ausdrücklichen Acceptation Seitens des Gegners. Die ihm obliegende Erklärung ist vielmehr bethätigt durch die Erhebung der Klage und ist aufrechterhalten durch die Fortsetzung derselben bis zum rechtskräftigen Urtheil. Bis dahin ist Widerruf des Klägers möglich (ausdrücklicher oder stillschweigender) [5]); vom Augenblick der Rechts-

1) Nach der Ansicht von Thöl würde es consequent nur eine Feststellungsklage geben: das Urtheil müsste dahin lauten, dass der Hauptvertrag als bereits abgeschlossen zu erachten sei.

2) Vgl. Windscheid §. 310 A. 2 und die dort weiter angeführten Stellen.

3) Die materielle Frage, ob eine Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung erfolgen kann, wird durch diesen Paragraphen selbstverständlich nicht berührt.

4) Nicht aber etwa mit rückwirkender Kraft im Augenblicke, wo der Gegner erklärt, von dem Vorvertrage Gebrauch machen zu wollen. Diese Entscheidung liegt vielmehr in der Consequenz der Thöl'schen Ansicht.

5) Vgl. R.C.P.O. §. 277.

kraft an ist diese Möglichkeit ausgeschlossen; die Willenserklärung gilt als abgegeben nicht nur zum Nachtheil, sondern auch zum Vortheil des Beklagten; der Vertrag ist fertig, kein Theil kann von jetzt an einseitig zurücktreten[1]).

§. 191.

Damit der Vorvertrag eine erzwingbare Verpflichtung in dem bisher entwickelten Sinn erzeugen könne, muss er den Inhalt des künftigen Hauptvertrages selbst bereits mit derjenigen Bestimmtheit enthalten, die auch von der (rechtlich relevanten) Offerte verlangt wird. Offen gelassen dürfen daher nur solche Punkte bleiben, die auch innerhalb des Hauptvertrags ausdrücklich oder stillschweigend dem billigen Ermessen anheimgestellt sein können. Namentlich muss also der Vorvertrag das Kaufobject ebenso bestimmt bezeichnen, wie dies im Hauptvertrag selbst erforderlich ist. Bezüglich des Kaufpreises möge auf die Erörterungen des zweiten Abschnitts des dritten Kapitels verwiesen werden[2]).

In einer Beziehung muss der Vorvertrag sogar mehr enthalten als der Hauptvertrag, nämlich eine Bestimmung über die Zeit, innerhalb deren der letztere abzuschliessen ist. Es lässt sich nicht verkennen, dass der einseitige Vorvertrag, — in ähnlicher Weise wie der Kauf auf Probe — eine Modification des kaufrechtlichen Synallagma ist. Wir haben zwar noch keinen Kaufvertrag, und wenn derselbe zu Stande kommt, so entsteht er zweiseitig; aber die Verpflichtung aus dem Vorvertrag steht im Erfolg gleich einer einseitigen Gebundenheit an den künftigen Vertrag bei vollständiger Freiheit des Gegners. Dass dieser ungünstige Zustand auf unbestimmte Zeit

1) Nach diesem Zeitpunkt beurtheilen sich daher auch die objectiven Erfordernisse des Hauptvertrages, Existenz der Sache u. s. w.

2) Einer Bestimmung des letzteren bedarf es jedenfalls nicht, wo sie nach heutigem Rechte auch für den Hauptvertrag nicht nöthig ist. — Wo dagegen die erforderlichen Punkte genügend bestimmt sind, darf daneben die Frage nach der Ernstlichkeit der Verpflichtungsabsicht nicht noch besonders aufgeworfen werden. In dieser Beziehung können an den Vorvertrag keine anderen Anforderungen gestellt werden als an jeden Vertrag überhaupt. Vgl. Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 418 und oben S. 85.

beabsichtigt sein sollte, kann von vornherein nicht angenommen werden; im Gegentheil wird — wie beim Kauf auf Probe — die einseitige Gebundenheit regelmässig sogar nur auf kurze Zeit übernommen werden. Andererseits ist natürlich, in Ermangelung besonderer Verabredung, mit dem Satze nichts gedient: quod nullo die adiecto debetur id praesenti die debetur; wäre es den Parteien um sofortige Erfüllung zu thun, so dürften sie ja nur den Hauptvertrag selbst abschliessen. Gerade nur, wo dies aus irgend welchem Grunde nicht geschehen und gleichwohl dem einen Theil die Gelegenheit des Geschäfts rechtlich gesichert werden soll, hat der Vorvertrag einen vernünftigen Sinn [1]).

Demselben ist daher sowohl ein zeitlicher Aufschub, als eine zeitliche Beschränkung immanent. Die Zeit selbst ist nach beiden Richtungen aus den Umständen des gegebenen Falles nach billigem Ermessen zu bestimmen [2]). Wo aber in dieser Beziehung etwa alle Anhaltspunkte fehlen, wo also die nackte Verpflichtung vorliegt, „irgend einmal" zu kaufen oder zu verkaufen, da nehme ich nicht den geringsten Anstand, den ganzen Vorvertrag wegen mangelnder Bestimmung und Bestimmbarkeit eines wesentlichen Punktes für ungiltig zu erachten, wie denn in solchen Fällen auch schon die Ernstlichkeit der Absicht überaus fraglich ist; vielfach sind gerade derartig zeitlich unbestimmte Zusagen nichts als höfliche Ablehnungen [3]).

1) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 29; Göppert in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 420; Eisele in der Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. Bd. 3 S. 24.

2) Besonderes gilt in dieser Beziehung vom Vorkaufsrecht, insoferne der Zeitpunkt desselben durch ein für den Berechtigten zufälliges Ereigniss bestimmt wird. Hier ist die Frage vielmehr, innerhalb welcher Zeit nach gegebener Gelegenheit sich derselbe erklären muss.

3) Vgl. Degenkolb S. 44. — Den Satz, dass Verbindlichkeiten „strenge genommen" nicht auf Zeit begründet werden können, und dass höchstens die exceptio doli den entgegengesetzten Vertragswillen zur Geltung zu bringen vermöge, sollten unsere Lehrbücher doch füglich nicht immer fortführen. Der Satz des ius civile: ad tempus obligationem constitui non posse wird in den Quellen aufgestellt in Beziehung auf die Stipulation einer Geldschuld, L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1); L. 44 §. 1 D. de o. et a. (44, 7) und hier mag er wohl zu rechtfertigen sein. Dass aber die Verpflichtung, eine gewisse Hand-

Für die Herbeiführung der Entscheidung ist es nun wichtig daran festzuhalten, dass der Promittent nicht etwa nur verpflichtet ist, die Offerte des Gegners bezüglich des Hauptvertrages anzunehmen, dass er vielmehr auch selbst als Offerent [1]) auftreten und dadurch die Initiative zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit ergreifen kann. Wird diese innerhalb angemessener Zeit gemachte Offerte nicht sofort acceptirt, so ist der Promittent — wie im Falle des Vermächtnisses, seiner Verbindlichkeit entledigt. Dafür liegt hier eine ausdrückliche Entscheidung in L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1) vor [2]). Dieselbe dauert dagegen fort, solange sich beide Theile passiv verhalten, denn durch blose Unthätigkeit kann zwar eine auf bestimmtes Handeln verstellte Bedingung deficiren, nicht aber eine Verbindlichkeit erlöschen; dazu bedarf es des vergeblichen Anerbietens der Erfüllung. Für das gemeine Recht besteht hienach in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe und dem Vorvertrag; für das Handelsrecht ist derselbe beseitigt (S. 247).

Durch Tod der einen Partei erlischt der Vorvertrag nicht, da auch der Bestand des Hauptvertrages dadurch in keiner Weise berührt wird. Dagegen ist der Anspruch aus dem Vorvertrag nur abtretbar, soferne er als Entschädigungsanspruch erscheint; die Abtretung des Anspruchs auf Abschluss eines synallagmatischen Vertrages würde eine Veränderung in der Person des Gegners in sich schliessen, die sich der andere Theil nicht gefallen zu lassen braucht.

lung vorzunehmen, auf bestimmte Zeit beschränkt sein kann, wird doch Niemand läugnen.

1) Denn die Offerte ist nicht blos Vertrags- sondern auch Erfüllungsofferte, und diese steht dem Schuldner ohne Weiteres zu.

2) Coheredes, quum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius successori venderet centum vigintiquinque; quodsi quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero quum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur, obstituram doli mali exceptionem.

§. 192.

Wenden wir uns nun aber den Quellen zu, so ist denselben der einseitige Vorvertrag zum Kauf als formell selbständiges Geschäft völlig unbekannt. Diese Erscheinung erklärt sich nicht schon dadurch, dass derselbe als bloses pactum klaglos ist [1]).

Denn es bleibt ja die Möglichkeit der Stipulation. Aber Vorverträge in dieser Form finden sich lediglich in Beziehung auf das Darlehen [2]); das Beispiel einer auf den künftigen Kauf bezüglichen Stipulation hat noch Niemand beizubringen vermocht. Es verhält sich damit ähnlich wie mit der berühmten zweiseitigen Stipulation, der angeblichen Vorläuferin des Consensualcontrakts; auch von ihr hat noch Niemand eine Spur nachgewiesen.

Jene Erscheinung kann zufällig sein. Allein es liegt doch eine andere Auffassung nahe. Es ist zu vermuthen, dass den Römern die einseitige Verpflichtung zur Eingehung eines doppelseitigen Vertrages vom empirischen und wenn man will ethischen Standpunkt (S. 16) fremdartig gewesen ist. Denn materiell erzeugt derselbe, wie schon bemerkt, allerdings eine Verschiebung in der Stellung der Parteien. Lässt man die einseitige Gebundenheit an den formell abgeschlossenen Hauptvertrag (S. 259) nicht zu, so liegt es nahe, dass man auch die einseitige Gebundenheit an einen künftigen Vertrag verwirft. Soweit das Bedürfniss des Verkehrs über diese Auffassung hinausdrängte, wurde in ergiebiger Weise geholfen durch die Zulassung des bedingten Kaufes im Allgemeinen, der die Gleichheit beider Parteien wahrt, und des Kaufs auf Probe, der jedenfalls bequemer ist als der Vorvertrag.

Umgekehrt tritt die Unzulässigkeit der Bedingung „si volam“ dadurch, dass die empirische Vorstellung der Römer auch den einseitigen Vorvertrag sich ferne gehalten hat, erst in ihr volles Licht.

1) Nebenbei bemerkt verlieren diesen Satz Diejenigen aus den Augen, welche den Kauf selbst auch als einseitiges Geschäft zulassen. Sanktionirt als Consensualcontrakt ist aber nicht die emtio einerseits und die venditio andererseits und daher auch die emtio venditio als Summe von beiden, sondern nur der zweiseitige Vertrag in seiner Totalität.

2) L. 30 D. de r. c. (12, 1); L. 68 D. de V. O. (45, 1).

Es ist schliesslich die nämliche Anschauung, welche auch die einseitige Gebundenheit an die Offerte nicht kennt. Die Abneigung gegen die mit der Gebundenheit des Gegners verknüpfte Freiheit der Speculation ist es, welche alle diese Erscheinungen hervorgerufen, die im Uebrigen theils dem Gebiete der rechtlichen Sanktion, theils dem der empirischen Vorstellung und Absicht angehören.

Für das heutige Recht ist die Nothwendigkeit der Form weggefallen. Allein trotz dieser Erleichterung ist bei uns der selbständige Vorvertrag schwerlich häufiger als bei den Römern; jene Abneigung ist bei uns nicht in geringerem Grade vorhanden wie bei ihnen [1]).

Insbesondere kann also auch davon keine Rede sein, dass der Vertrag, der wegen mangelnder Verpflichtung des einen Theils nicht als Hauptvertrag gilt, etwa für den andern Theil die Bedeutung eines Vorvertrages hätte. Wer gegenwärtig einen zweiseitigen Hauptvertrag schliessen will, der hat ganz gewiss nicht ohne Weiteres die Absicht, sich eventuell einseitig zu einem künftigen Vertrag zu verpflichten. Die Offerte, die mit der Erklärung, „wenn ich mag", angenommen wird, ist damit überhaupt abgelehnt, nicht etwa als einseitiger Vorvertrag acceptirt.

Selbstverständlich kann übrigens im heutigen Rechte der einseitige Vorvertrag insoferne auch entgeltlich abgeschlossen werden, als sich der Promissar für den Fall, dass er von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, einer Strafe unterwirft.

§. 193.

Dagegen kennen die Quellen den einseitigen Vorvertrag als unselbständigen Bestandtheil eines anderen Rechtsgeschäfts, obschon auch hier nur in spärlichen Anwendungen. Die Ausgleichung für die einseitige Verpflichtung liegt hier

1) Diese Ungleichheit in der Stellung der Parteien hat die Lehre von der clausula rebus sic stantibus hervorgerufen. Dass dieselbe für das gemeine Recht unbegründet ist, wird heutzutage wohl allgemein anerkannt. Für das Handelsrecht ist dieselbe, und zwar nicht blos in Anwendung auf den Vorvertrag, erneuert durch ein Urtheil des R.O H.G. Bd. 23 S. 137, das zu den gerechtesten Bedenken Anlass gibt. Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 419.

in anderweitigen Vortheilen des Hauptverhältnisses [1]) oder wohl auch in der Gegenseitigkeit.

Soviel ich sehe, kommt diese Nebenverpflichtung als vertragsmässige nur vor beim Kauf und bei der Erbtheilung [2]).

Dagegen finde ich kein Beispiel einer mit der Miethe oder mit der Gesellschaft verbundenen Nebenverabredung dieser Art.

Auf den speciellen Inhalt dieser Verabredungen soll an dieser Stelle noch nicht näher eingegangen werden. Insbesondere kann die Frage, ob die s. g. pacta de retroëmendo und de retrovendendo überhaupt die Verpflichtung zur Eingehung eines neuen Vertrages oder ob sie vielmehr lediglich die Auflösung des bestehenden zum Inhalte haben, erst in späterem Zusammenhange gelöst werden [3]).

Was aber insbesondere das s. g. Vorkaufsrecht anlangt, so möge hier die Bemerkung genügen, dass dasselbe nach römischem Rechte nicht dinglich wirkt, daher insbesondere die Nichtachtung desselben ohne allen Einfluss auf die Giltigkeit des wirklich abgeschlossenen Vertrages ist.

§. 194.

Es bleibt nur noch übrig, mit dem einseitigen Vorvertrag die unwiderrufliche Offerte zu vergleichen. Solche Unwiderruflichkeit kann nun aber auf ganz verschiedenen Gründen beruhen und daher auch eine ganz verschiedene juristische Gestaltung annehmen.

I. Am einfachsten erledigt sich die gesetzlich bestimmte Unwiderruflichkeit, wie sie nach Art. 319 des H.G.B. besteht. Der dadurch herbeigeführte Zustand ist der der rechtlichen Ge-

1) Vgl. einstweilen L. 6 §. 1 D. de serv. exp. (18, 7).

2) Vgl. L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5), wo Proculus noch Bedenken trägt, die Contraktsklage auf die Erfüllung dieser Nebenverabredung zu erstrecken und vielmehr eine actio in factum für nöthig hält. Spätere Juristen liessen die Contraktsklage selbst zu. L. 21 §. 5 D. de a. e. v. (19, 1); L. 75 D. h. t.; L. 2 C. de pact. inter emt. (4, 54). — Erbtheilung: L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1). Hier ist nach römischem Rechte die Conventionalstrafe das einzige Mittel um Klagbarkeit und indirekte Erzwingbarkeit zu begründen; denn die durchgeführte Theilung als solche ist kein Geschäft, mit welchem sich klagbare pacta adiecta verbinden lassen. Von keinem Vorvertrag handelt L. 16 §. 9 D. de pign. (20, 1) noch L. 81 pr. D. h. t.

3) Vgl. vorläufig Windscheid §. 388.

bundenheit an die Offerte; durch rechtzeitige Acceptation kommt ohne Weiteres der Hauptvertrag zu Stande.

II. Schwieriger ist der Fall, wenn mit der Offerte ein vertragsmässiger Verzicht auf Widerruf verbunden ist [1]). Dies kann nicht nur bei der gemeinrechtlichen, sondern auch bei der handelsrechtlichen Offerte vorkommen.

Hier ergibt sich nämlich die Vorfrage nach der rechtlichen Wirkung solchen Verzichts. Sagt man nämlich,

1) die Offerte werde dadurch objectiv unwiderruflich, gleichwie durch gesetzliche Bestimmung, so ist auch der Verlauf der nämliche; durch Acceptation kommt der Vertrag ohne Weiteres zu Stande. Es liegt also kein Vorvertrag vor, sondern ein Nebenvertrag, welcher der Offerte eine besondere Kraft verleiht [2]).

2) Gerade aber, dass dies möglich ist, muss bestritten werden [3]). Es ist nicht einzusehen, wie der blose zweite Wille, sei es ein einseitiger oder ein vertragsmässiger — dem ersten Willen eine andere Kraft sollte geben können, als die derselbe von Rechtswegen hat. Sowenig das Testament dadurch unwiderruflich wird, dass der Testator dies will, so wenig kann die von Rechtswegen widerrufliche Offerte durch blosen Willen unwiderruflich werden. Es handelt sich hier nicht um dispositive, sondern um absolute Rechtssätze [4]).

1) Dass der einseitige Verzicht ohne Bedeutung ist, versteht sich von selbst.

2) Dies ist die Ansicht von Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 70 fgg.

3) Man sollte nicht von einem Verzicht auf das „Recht des Widerrufs" sprechen. Es handelt sich nicht um eine Erklärung, mit welcher das Recht des Widerrufs verbunden ist, so dass sie ohne dasselbe unwiderruflich ist, sondern um eine an sich widerrufliche Erklärung. A. A. Windscheid §. 307 A. 6. Ueber das Ganze vgl. noch Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 433 A. 8, dem es aber ebenfalls nicht gelungen sein dürfte, für seine Ansicht der objectiven Unwiderruflichkeit eine ausreichende Stütze im positiven Recht nachzuweisen.

4) Das Gegentheil, dass durch eine dem „Worte" hinzugefügte Willenserklärung, sogar durch eine einseitige, „Gebundenheit" an dasselbe erzeugt werden kann, hat für das gemeine Recht auch Siegel nicht bewiesen. Seine Argumentation beruht auf einer petitio principii.

Ist dem so, so erzeugt der Vertrag, von dem hier die Rede ist, nur einen Anspruch auf Entschädigung; der Hauptvertrag aber kommt gleichwohl nur zu Stande, wenn der Offerent seine Offerte freiwillig aufrecht erhält.

Insoferne liegt also eine Verwandtschaft mit dem Vorvertrag vor, aus dem auch nicht ohne Weiteres durch blose Erklärung des Gegners der Hauptvertrag herauswächst.

Aber daneben besteht auch eine wesentliche Verschiedenheit[1]). Denn das Versprechen, demnächst einen Vertrag abzuschliessen — als Offerent oder Acceptant — und das Versprechen, eine Offerte aufrecht zu erhalten, sind keineswegs identisch. Dort verpflichtet sich Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung, hier verpflichtet er sich, die bereits abgegebene nicht zurückzunehmen. Dort kann er auf die Abgabe der Erklärung verurtheilt werden, hier nicht. Dort ist der §. 779 anwendbar, hier dagegen ist immer nur ein Entschädigungsanspruch möglich. Der letztere wird in vielen Fällen gar nicht zu begründen sein: der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags dagegen ist von dem Nachweise eines besonderen pekuniären Interesses ganz unabhängig [2]).

Es ist also namentlich der im alltäglichen Leben nicht selten vorkommende Fall einer Offerte mit einer dem Gegner eingeräumten und von ihm angenommenen Bedenkzeit kein Vorvertrag in dem specifischen Sinne; scheidet man aber diesen Fall aus, so verengert sich das Gebiet des eigentlichen Vorvertrags nur noch um so viel mehr [3]).

III. Der dritte Fall endlich, der uns schon im anderen Zusammenhange begegnet ist[4]), gestaltet sich so, dass die Offerte den integrirenden Bestandtheil eines anderen Vertrages

1) Brinz Pand. (1 Aufl.) S. 1580 identificirt die vertragsmässig unwiderrufliche Offerte mit dem Vorvertrag. Zugleich ist er aber der Meinung, dass die Nichterfüllung des Vorvertrags nur Entschädigungsansprüche erzeuge.

2) Vgl. L. 66 D. de leg. I (30).

3) Das Handelsgesetzbuch enthält über diese Frage keine besonderen Bestimmungen: v. Hahn Commentar zu §. 319. Neuere Gesetzbücher haben zu Gunsten der objectiven Unwiderruflichkeit entschieden, was vom legislativen Standpunkt entschieden zu billigen ist. Vgl. Siegel a. a. O.

4) S. 233.

bildet. Aus diesem Grunde ist sie hier objectiv unwiderruflich; und durch hinzukommende Acceptation ist daher unmittelbar der betreffende Vertrag abgeschlossen. In dieser Construktion kommt in den Pandekten der Kauf auf Probe vor; die Sache wird dem Andern anvertraut mit der Verpflichtung der Rückgabe, falls er es nicht vorzieht, sie käuflich zu behalten.

Unmöglich wäre diese Construktion auch im heutigen Rechte nicht; sie ist aber durch die Zulässigkeit des selbständigen Kaufs auf Probe jedenfalls überholt und entbehrlich gemacht.

§. 195.

Wir wenden uns schliesslich der Betrachtung des zweiseitigen Vorvertrags zu.

Derselbe ist vorhanden, wenn jede Partei der anderen gegenüber verpflichtet ist, den Hauptvertrag auf Verlangen abzuschliessen.

Zu unterscheiden ist natürlich der Fall, wenn sich mehrere Personen ein Vorkaufsrecht wechselseitig einräumen je in Beziehung auf eine andere Sache, z. B. Erben bei der Erbtheilung [1]).

Für den zweiseitigen Vorvertrag ergibt sich die Nothwendigkeit der Abgränzung gegenüber dem Hauptvertrag selbst.

1) Diese Abgränzung könnte darin erblickt werden, dass der Vorvertrag im Verhältniss zum Hauptvertrag noch irgendwie der gehörigen Bestimmtheit entbehrt.

Allein gerade dies ist nicht leicht möglich. Fehlt es dem Vorvertrag an der für den Hauptvertrag selbst erforderlichen Bestimmtheit in Beziehung auf das Object, u. s. w., so ist er auch als Vorvertrag ungiltig; wie soll sich aus einem unbestimmten Vertrag die Verpflichtung begründen lassen, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen? Gerade für das, was im Hauptvertrag bestimmt sein muss, würde ja der Vorvertrag keinen Anhaltspunkt darbieten. Dies gilt vom zweiseitigen Vorvertrag gerade wie vom einseitigen (s. oben S. 273).

Darum ist auch die blose „Geschäftsverbindung“ zwischen zwei Personen kein Vorvertrag bezüglich eines concreten Hauptvertrages [2]), so wenig sie im Uebrigen irrelevant oder ihre

1) L. 122 §. 3 D. cit.

2) Die Geschäftsverbindung wird nicht selten mit dem Vorvertrag identificirt. Vgl. z. B. Göppert S. 402, 417.

rechtliche Bedeutung durch den Art. 323 des H.G.B. erschöpft ist.

2) Es kann ferner, freilich nur für ein begränztes Gebiet von Fällen, der Gegensatz erblickt werden in dem Mangel der Form auf der einen, in der Nothwendigkeit der Beobachtung von Formvorschriften auf der andern Seite. Aber

a) Formvorschriften kennt das gemeine Recht für keine Art des Kaufvertrags [1]). Es können also nur die Partikularrechte auf die Frage Antwort geben, ob die dem formellen Abschlusse vorhergehende formlose Verabredung die Kraft eines klagbaren Vorvertrags hat oder nicht [2]).

b) Ist die schriftliche Abfassung des Vertrags bedungen, so tritt die bekannte Rechtsvorschrift ein, dass die Verabredung bis zur Vollendung der Form ohne rechtliche Bedeutung ist [3]).

3) Da nach gemeinem Rechte der Hauptvertrag sowohl mit Bedingungen als mit Befristungen versehen sein kann, da er geschlossen werden kann auch über zukünftige Sachen aller Art sowie mit alternativer Bestimmung der Objecte, so kann gerade auch in diesen Modalitäten kein unterscheidendes Merkmal gefunden werden. Noch mehr als beim einseitigen (S. 276) bewährt sich beim zweiseitigen Vorvertrag die Erkenntniss, dass derselbe gerade durch die elastische Struktur des Hauptvertrags völlig zurückgedrängt wird.

Fehlt nun aber dem zweiseitigen Vorvertrag auch noch das charakteristische Merkmal des einseitigen, nämlich eben die Einseitigkeit der Verpflichtung und Gebundenheit, so muss

1) Abgesehen von dem Verkaufe kirchlicher Emphyteusen; Nov. 120 c. 6 §. 2.

2) In Ermangelung ausdrücklicher Vorschrift wird der entscheidende Gesichtspunkt der sein, ob durch die Anerkennung des klagbaren Vorvertrags die ratio der Formvorschrift vereitelt wird oder nicht; daher ist im Falle der vorigen Anmerkung die Annahme eines klagbaren Vorvertrags völlig ausgeschlossen. — Vgl. Windscheid §. 310. — Dass die Bezeichnung, welche die Parteien dem Geschäfte geben, auch hier nicht entscheidend ist, versteht sich von selbst. Eisele a. a. O. S. 24.

3) Abgesehen vom allenfallsigen Verlust der Arrha, wovon erst später zu sprechen ist. L. 17 C. de fide instr. (4, 21); pr. I. h. t. (3, 23). — Etwas Anderes ist es, dass der unverbindliche Vorvertrag als Interpretationsmittel dienen kann. L. 36 D. de V. O. (45, 1).

ohne Weiteres ausgesprochen werden, dass, abgesehen vielleicht von der Art der Preisbestimmung, kein denkbares Bedürfniss für den zweiseitigen Vorvertrag existirt. Die daraus sich ergebende Verpflichtung für beide Parteien wäre die, einen Hauptvertrag abzuschliessen, den sie ebenso gut schon jetzt abschliessen können und der inhaltlich bereits in dem „Vorvertrag" enthalten ist.

Ein solcher Vorvertrag wäre lediglich eine hybride Schöpfung des Parteiwillens ohne allen vernünftigen Zweck. Die Verpflichtung, „sich zu verpflichten", hat nur dann einen Sinn, wenn sie in irgend einer Beziehung hinter der erst einzugehenden Verpflichtung zurückbleibt.

Völlig zwecklose Geschäfte zu sanktioniren, kann nicht in der Aufgabe der Rechtsordnung liegen[1]).

Darum sage ich unter dem eben gemachten Vorbehalt ganz unbedenklich, einen zweiseitigen Vorvertrag zum Kaufvertrag gibt es im gemeinen Recht überhaupt nicht; der vermeintliche Vorvertrag ist entweder wegen mangelnder Bestimmtheit nichtig, oder er ist der Hauptvertrag selbst, mag die Absicht der Parteien auch nur auf den Vorvertrag gerichtet sein. Die Parteien können zur Erreichung ihrer Zwecke auch Umwege einschlagen; aber ein Umweg, der als solcher nur in ihrer Vorstellung existirt, in Wirklichkeit aber mit dem geraden Weg zusammenfällt, ist eben kein Umweg [2]).

1) A. A. Göppert a. a. O. S. 421; das dort Gesagte ist für den herrschenden Subjectivismus überaus charakteristisch.

2) Eine ganz analoge Bedeutung hat der Art. 1589 des Code civil, nur dass es sich hier nicht um den Gegensatz von Vorvertrag und Hauptvertrag, sondern um den des obligatorischen Vertrags und des unmittelbaren Erwerbs des Kaufobjects handelt. (Oben S. 55). — Die Ansicht, dass der Vorvertrag mit dem Hauptvertrag zusammenfällt, ist nicht neu; vgl. die Literaturangaben bei Degenkolb S. 19. Aber nicht immer wird in dieser Beziehung der Unterschied von einseitigem und zweiseitigem Vorvertrag gebührend beachtet. Dies gilt auch von Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 420 N. 7. Unser Resultat ist: der einseitige Vorvertrag fällt niemals, der zweiseitige immer mit dem Hauptvertrag zusammen.

Zweites Kapitel.

Die Subjecte des Kaufvertrags.

§. 196.

Selbstverständlich können diejenigen Erfordernisse und Merkmale, welche dem Kauf mit jedem andern Rechtsgeschäft und beziehungsweise mit jedem andern obligatorischen Vertrag gemeinschaftlich sind, in dieser monographischen Darstellung nur insoweit erörtert werden, als sie gerade bei unserm Geschäft eine eigenthümliche Gestalt annehmen oder für dieses selbst irgendwie von besonderer Bedeutung sind.

Von den Subjecten ist daher im Allgemeinen nur wenig zu sagen.

Das besondere Verhältniss des negotium claudicans, das auch in diesem Zusammenhang dargestellt werden könnte, hat bereits oben (S. 183 fgg.) seine Erledigung gefunden.

Kaum der Hervorhebung würdig scheint der Satz zu sein, dass Niemand einen Kaufvertrag mit sich selbst abschliessen kann, folglich auch nicht mit seinem eigenen Sklaven und — abgesehen von bona castrensia — auch nicht mit seinem eigenen Haussohn [1]). Gleichwohl knüpfen sich daran eine Reihe von besonderen Erörterungen.

I. Es kann vor Allem noch der andere Umstand hinzukommen, dass der Contrahent seine eigene Sache kauft oder verkauft. Alsdann ist bereits der letztere Umstand ausschlag-

1) L. 2 D. h. t.; L. 14 §. 3 D. de in diem addict. (18, 2). Die Frage, ob zwischen Hausvater und Haussohn im heutigen Rechte auch über das Gebiet der bona castrensia (und quasi c.) hinaus Kaufverträge zulässig sind, lasse ich hier ganz auf sich beruhen; für den Kauf als solchen hat dieselbe kein weiteres Interesse.

gebend; der Kauf der eigenen Sache ist nichtig, auch wenn der hier besprochene subjective Mangel nicht vorliegt[1]).

1) L. 14 §. 3 D. cit. — Hier ist auch der Ort, um auf das schon oben (S. 77 A. 1) erwähnte reichsgerichtliche Urtheil (Entscheidungen Bd. 5 S. 58—67) zurückzukommen. A hat an B ein Quantum Kohlen verkauft. Da der Käufer mit der Abnahme säumig ist, schreitet Verkäufer (in formell ordnungsmässiger Weise) zum Selbsthilfeverkauf nach Art. 343 des H.G.B. Er selbst bleibt dabei der einzige Bieter; die Waare wird ihm vom Auktionator zugeschlagen; die Differenz zwischen dem bedungenen Preise und dem Gebote klagt er gegen den Käufer ein. Das Reichsgericht erkennt an, dass ein Kauf der eigenen Sache und zugleich ein Contrahiren mit sich selbst vorliegt, (da der Auktionator den Verkäufer, nicht den Käufer [im Hauptgeschäft] vertritt). Gleichwohl wird die Giltigkeit des Geschäftes als Grundlage der Entschädigungsforderung angenommen. Der Zweck des Gesetzes gehe nicht sowohl dahin, dass die Waare um einen möglichst hohen Preis verkauft, als dahin, dass festgestellt werde, es habe kein höherer Preis erreicht werden können (S. 61). — Ist dies richtig, so liegt allerdings kein Kauf vor, sondern blose Werthbestimmung (oben S. 172); und es könnte sich nur fragen, was hier ganz dahingestellt bleiben mag, ob solche Werthbestimmung überhaupt und ob namentlich die im vorliegenden Falle erfolgte als Analogie und bezw. genügendes Surrogat des vom Gesetze verlangten Verkaufes betrachtet werden kann. Allein das Reichsgericht verbindet mit dieser Feststellung gleichwohl auch Wirkungen in Beziehung auf das ursprüngliche Rechtsverhältniss zwischen den Parteien; durch das angenommene Gebot und beziehungsweise den „Zuschlag" erhält der Verkäufer die freie Verfügung über die Sache zurück, die er bis dahin zur Verfügung des Käufers zu halten verpflichtet ist (S. 63); er „übernimmt" daher die Waare. Damit ist aber die Basis der blosen Feststellung des Werths vollkommen verlassen, denn zwischen der blosen Feststellung, dass kein höherer Werth zu erlangen ist und dem Rückerwerb der freien Verfügung über die Sache besteht schlechterdings kein Causalzusammenhang. Dem Gebote, als dem Ausdruck des erreichbaren höchsten Werths, ist nicht etwa die Bedeutung eines festen Anhaltspunktes für den Entschädigungsanspruch gegeben, sondern dem Zuschlag, den doch der Eigenthümer sich selbst ertheilt, ist die Wirkung beigelegt, dass er die Sache nun gerade so behandeln könne, wie sie ein dritter Käufer behandeln könnte. Ist aber dies der Fall, dann liegt keine Feststellung, sondern ein Erwerb vor. Ueber das Object desselben hat sich das Reichsgericht nicht klar ausgesprochen, was bei der ganzen Deduktion auch natürlich ist. Offenbar aber ist es der Vorstellung sehr zugänglich, dass dieses Object eben der Rückerwerb der freien Disposition über die Sache ist, (S. 60, 63), wofür dann die völlig

II. Möglich ist es, dass der Gewaltunterworfene als Stellvertreter eines Andern mit dem Gewalthaber ein Kaufgeschäft abschliesst.

Dieser Kauf ist, wie wir schon oben gesehen haben, bereits im klassischen Rechte soweit als möglich anerkannt [1]).

III. Viel wichtiger ist aber die Frage, ob nicht Jemand mit sich selbst einen Kaufvertrag schliessen kann, soferne dabei die eine oder andere Parteirolle auf einer besonderen Voraussetzung oder jede derselben auf einer anderen Voraussetzung beruht. Die hier in Betracht kommenden Fälle sind genauer zu betrachten.

1) Der Pfandgläubiger kann nicht an sich selbst verkaufen, weder persönlich noch durch einen direkten Stellvertreter: als Ersatz besteht gerade das Institut der impetratio dominii [2]).

Ein ganz anderes Verhältniss ergibt sich dann, wenn der Pfandverkauf nicht vom Pfandgläubiger, sondern vom Gericht ausgeht. Dies ist nach neueren Gesetzgebungen der Fall beim Zwangsverkauf von Immobilien, unzweifelhaft verkauft aber auch der Gerichtsvollzieher die gepfändeten beweglichen Sachen nicht als Stellvertreter des Gläubigers [3]).

2) Der Vormund kann die Sache des Mündels und der Beauftragte die Sache des Auftraggebers nicht an sich selbst verkaufen [4]).

unzureichende Analogie der emtio possessionis herbeigezogen wird. Nebenbei bemerkt ist dieser „Erwerb" überhaupt nicht zum Verkaufe angeboten worden. Offerirt wurde und konnte nur werden die Sache, und insoferne würde bei jener Annahme weiter vorliegen eine Verwechslung zwischen dem Kaufobjecte und dem zufälligen ökonomischen Erfolg, den der Kauf für den Käufer hat. Nach der objectiven und nach der subjectiven Seite betrachtet ist das vom Reichsgericht sanktionirte Geschäft nichts anderes als ein Kauf, den Jemand über seine eigene Sache mit sich selbst schliesst.

1) L. 11 §. 8, L. 12 D. de instit. act. (14, 3). Oben S. 188.

2) L. 10 C. de distr. pignor. (8, 27).

3) R.C.P.O. §. 716 fgg. Vgl. oben S. 265.

4) Dass in dieser Beziehung auch kein Unterschied zwischen dem Kauf als Contrakt und als unmittelbarem Austausch besteht, scheint doch keiner Ausführung zu bedürfen. A. A. Römer in der Zeitschrift f. H.R. Bd. 19 S. 79, der die wunderliche Meinung hat, dass gerade der direkte Stellvertreter, weil sein Wille als der des Vertreters gilt, mit sich selbst contrahiren könne (vgl. S. 70). — Dass die L. 5 C. h. t.

L. 34 §. 7 D. t.:

Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia, id est curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt [1]).

Daraus ergibt sich, dass es nicht darauf ankommt, ob Jemand im eigenen Namen handelnd, wenn auch kraft einer besonderen Berechtigung, an sich selbst als einen ebenfalls im eigenen Namen Handelnden verkauft, wie dies beim Pfandgläubiger der Fall ist. Die Entscheidung, von welcher hier die Rede ist, beweist, dass Jemand auch nicht als Vertreter eines Andern mit sich selbst contrahiren kann. Von diesem Falle ist natürlich der andere wesentlich verschieden, wenn der Vertretene selbst dem Vertreter eine sei es auch nur alternative oder eventuelle Offerte macht; daher ist weder das Trödel- noch das Commissionsgeschäft eine Ausnahme von unserm Satz.

3) Endlich kann auch Niemand als Stellvertreter des Einen mit sich selbst in der Eigenschaft als Stellvertreter des Andern contrahiren.

Diese Sätze beruhen nicht auf ethischer, sondern auf psychologischer Grundlage. Jeder Vertrag ist die Einigung zweier selbständiger Willen, die von entgegengesetztem Ausgangspunkte sich einander nähern und schliesslich in einem Punkte zusammentreffen [2]). Die Einigung beruht nicht auf einer inner-

(4, 38) nicht auf einen Selbstkauf bezogen werden kann (Römer S. 85) ergibt sich daraus, dass bei dieser Voraussetzung die Erwähnung der Ehefrau ganz sinnlos wäre. In L. 47 §. 6 D. de adm. (26, 7) ist der Thatbestand nicht ganz klar; nach dem Wortlaut muss angenommen werden, dass der Vormund die gemeinschaftlichen Objecte verkauft und dann (ohne Verletzung der bona fides) zurückgekauft hat. Vgl. über diese Stelle Pernice, Zeitschrift der Savigny Stift R. A. III, 70.

1) Daher kann auch der verwaltende Vormund nicht vom Mündel kaufen, wohl aber der nichtverwaltende; der Kauf hat alsdann dieselbe Bedeutung, wie der irgend eines Dritten. L. 6 D. de auctorit. (26, 8). Dies setzt natürlich voraus, dass das Geschäft materiell als bona fide geschlossen erscheint, denn Pflichten hat auch der nicht verwaltende Vormund gegen den Mündel.

2) Vgl. L. 1 §. 3 D. de pact. (2, 14): nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis colliguntur, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. L. 8 C. de rescind. vend. (4, 44): Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emtor viliori comparandi

lichen Ausgleichung widerstrebender Erwägungen, wie wenn Jemand mit sich einig wird; sie ist vielmehr eine rein äusserliche. Deswegen kann aber dieser Einigungsprocess gar nicht in der Seele eines Einzigen sich vollziehen; an die Stelle des Vertrags würde damit lediglich der Entschluss treten [1]).

Auch ist für denjenigen, der als Stellvertreter contrahirt, die psychologische Thätigkeit keine andere als für die Partei selbst; Niemand kann, weder in fremden noch in eigenen Angelegenheiten seine Seele in zwei Hälften spalten und diese Hälften mit einander verhandeln und contrahiren lassen; wie gerade der Stellvertreter dieses Zauberkunststück sollte fertig bringen können, ist unbegreiflich [2]).

Wohl aber müssen vom Falle des Selbstcontrahirens folgende einigermassen verwandte Verhältnisse unterschieden werden:

1) Der Fall, dass die beiden Contrahenten einem Dritten die Feststellung gewisser Vertragspunkte überlassen; der Be-

venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic quod obtulerat addente ad certum consentiant pretium.

1) Gerade so kann auch Niemand mit sich selbst in Wahrheit ein Spiel vornehmen, dessen Organisation eine Mehrheit von Spielern voraussetzt — Uebrigens sind zum Vertrage nicht blos zwei Willen, sondern zwei — bezüglich des Vertragsgegenstandes selbständige Willen erforderlich: ist der eine Wille dem andern unterworfen, so ergibt sich Befehl und Gehorsam, aber kein Vertrag. Daher gibt es nach römischem Rechte keinen Vertrag zwischen Gewalthaber und Gewaltuntergebenen; (ausser soferne dabei der letztere einen Dritten vertritt; S. 286); trotz der Zweiheit der Personen liegt unitas personae vor; und deshalb kann auch Niemand mit dem, der ihm in der betreffenden Angelegenheit als direkter Stellvertreter dient, einen Vertrag schliessen. Formell liegen zwei Willen vor, materiell nur einer.

2) Gleichwohl ist dies die Ansicht des Reichsgerichts. Hiernach kann

a) Niemand mit sich contrahiren im eigenen Namen (Entscheidungen Bd. 5 S. 59), wohl aber

b) kann Jemand mit sich contrahiren als Vertreter verschiedener Parteien; (ebendaselbst Bd. 6 S. 12 fgg.) Das Reichsoberhandelsgericht (Entscheidungen Bd. 8 S. 393) hat in letzterer Beziehung richtigere Ansichten gehabt.

Im Wesentlichen hat jene Ansicht bereits Römer a. a. O. Bd. 19 S. 67 fgg. vertreten, ohne dabei den psychologischen und den ethischen Standpunkt genügend auseinanderzuhalten.

treffende handelt dann als arbiter, und bringt als solcher seinen Willen zur Geltung; den Vertrag schliessen die Parteien selbst [1]).

2) Der Fall, dass der Stellvertreter des Einen zugleich freiwillig und in zulässigem Masse die Interessen eines Anderen wahrt. Alsdann liegt eine Combination von Stellvertretung und negotiorum gestio vor, welche principiell durchaus zulässig ist. Der Stellvertreter einigt in seiner Person nicht zwei Willen, sondern er gibt dem einen Willen einen besonderen Inhalt, gerade wie auch der im eigenen Namen und Interesse Handelnde dabei zugleich die Interessen eines Anderen wahren kann. Die rechtliche Wirkung der Handlung nach dieser Seite beruht daher nicht auf irgend welchem Vertragsschluss, sondern entweder auf nachträglicher Genehmigung [2]) oder auf der objectiven (nützlichen) Beschaffenheit des Geschäfts.

Diese Auffassung erklärt es auch, dass der Vormund gewisse einseitige Geschäfte scheinbar mit sich selbst vornehmen kann. Es ist wohl zu beachten, dass niemals die blose Vornahme als solche ein Vertragsverhältniss zwischen ihm und dem Mündel erzeugt [3]), sondern dass sich die Wirkung für den letzteren durch den Erfolg bestimmt; nicht die Zahlung des Vormundes an sich selbst befreit ihn, sondern die durch dieselbe erzeugte Bereicherung beziehungsweise Befreiung des Mündels [4]).

1) Auf diesen Fall bezieht sich ein grosser Theil der Ausführungen des zweiten reichsgerichtlichen Urtheils (S. 14), die für den Vertragsschluss völlig unzutreffend sind — Der Fall des gemeinsamen Boten bedarf keiner besonderen Erwähnung.

2) Durch welche der Gestor keineswegs mit rückwirkender Kraft zum Stellvertreter gemacht, noch die einseitige Gestio in einen Vertragsschluss rückwärts umgewandelt wird.

3) Die oben angeführte Stelle, L. 34 §. 7 D. h. t. ist in der reichsgerichtlichen Entscheidung, die doch im Uebrigen auf römisches Recht Bezug nimmt, nicht berücksichtigt.

4) L. 9 §. 5 D. de admin. et peric. (26, 7); mit dem Darlehen (L. 9 §. 7 D. eod.) ist es auch nicht anders; nicht der Darlehensvertrag, sondern die Nützlichkeit des Geschäfts ist für den rechtlichen Charakter massgebend. Formell ist das Geschäft einseitig, materiell ist es unter Wahrung der Interessen des Mündels vorgenommen. Die Behauptung von Römer a. a. O. S 74, dass die Stelle die Obligirung ganz deut-

§. 197.

Unter gewissen Voraussetzungen kann der Abschluss eines Kaufvertrags als sittlich verwerflich oder doch bedenklich erscheinen.

In diesen Fällen wird die bona fides des einen Contrahenten in Abrede gestellt, oder das Geschäft als mala fide geschlossen bezeichnet. Weder handelt es sich dabei um die bei jedem Kaufe bezüglich des Inhalts und des Vollzugs zu wahrende bona fides, noch um das Wissen oder Nichtwissen vom mangelnden Rechte des Auktors, (in welchem Sinne der b. f. emtor eine Art des b. f. possessor ist), sondern es handelt sich um die Verletzung von sittlichen Pflichten in Beziehung auf die Eingehung des Geschäftes selbst [1]).

Einen Fall, der in diesen Zusammenhang gehört, der aber zugleich das Besondere hat, dass er auch gegen die boni mores verstösst, haben wir bereits oben besprochen; den wissentlichen Kauf einer res furtiva (S. 208).

Hieran möge sich eine kurze Erwähnung der Bestimmungen anschliessen, durch welche gewissen Personen die Eingehung gewisser Kaufgeschäfte zum Zwecke der Aufrechthaltung ihrer öffentlichen Pflichten verboten war. Hieher gehört

a) die Vorschrift, dass Provincialstatthalter und ihre Un-

lich auf einen „Vertrag" zurückführe, ist unerfindlich. Noch viel weniger freilich ist in L. 59 D. de adm. (26, 7), von einem Vertrag, den der Vormund mit sich selbst schliesst, die Rede.

1) Vgl. L. 5 D. de auct. (26, 8). Es bewährt sich hier die schon im ersten Band S. 616 fgg. begründete Ansicht, dass bona fides ursprünglich die loyale, ethisch untadelhafte Gesinnung überhaupt bedeutet, die dann nur in einigen Richtungen vorzugsweise in Betracht kommt. So ist auch in L. 14 §. 5 D. quod met. c. (4, 2) der b. f. emtor der Käufer, welcher nicht weiss, dass der Verkäufer die Sache durch Gewalt erlangt hat; in L. 9 D. quae in fraud. (42, 8) der Käufer, welcher nicht weiss, dass der Verkauf in fraudem creditorum erfolgt; in L. 1, 3 D. de leg. Fav. (48, 15) der Käufer, welcher nicht weiss, dass der Verkauf gegen die lex Favia verstösst. Auch die Ernsthaftigkeit der Absicht, im Gegensatz zu dem auf Täuschung dritter Personen berechneten Scheingeschäft wird als b. f. emtio bezeichnet; L. 7 §. 6 D. de donat. i. v. et ux. (24, 1). Vgl. noch L. 2 §. 28 D. ne quid in loco publico (43, 8); L. 7 §. 1 D. de a. pl. a. a. (39, 3); L. 4 §. 31 D. de doli m. exc. (44, 4). Auch vom Verkäufer kann daher bona fides ausgesagt werden. Vgl. L. 35 pr. D. loc. (19, 2). — Abweichend Pernice Labeo Bd. II S. 69, 70 A. 3.

terbeamten in der Provinz keine Kaufgeschäfte abschliessen durften, ausser in Beziehung auf die dringenden Lebensbedürfnisse. Diese Bestimmung, die sich übrigens nicht blos auf Kauf- sondern auch auf andere Verträge bezog, beruhte zunächst auf der lex Julia repetundarum und war dann durch kaiserliche Mandate weiter ausgeführt. Das zuwiderlaufende Geschäft ist absolut nichtig dergestalt, dass es auch durch Genehmigung des Gegners nicht convalesciren kann, nicht einmal wenn dieselbe erst nach der Niederlegung des Amtes erfolgt. Daher findet auch kein Eigenthumsübergang statt, wie auch die gekaufte Sache mit einem Ersitzungshindernisse behaftet ist; der Fiscus aber zieht den Werth der Sache als Strafe ein [1]).

b) Die Vorschrift, dass Soldaten und Subalternbeamte keine Grundstücke in der Provinz, in der sie dienen, erwerben sollten, gewisse Ausnahmen vorbehalten. Hier ist jedoch die Wirkung anders beschaffen; das Grundstück selbst wird confiscirt; jedoch bleibt der Vertrag und beziehungsweise Vollzug in Wirksamkeit, wenn der Soldat vor eingetretener Delation aus dem Heere ausscheidet [2]).

Von grösserem Interesse sind für uns die Fälle, in welchen der Abschluss des Kaufgeschäfts als Verletzung oder doch Gefährdung von Privatinteressen erscheint, welche der eine Contrahent gerade umgekehrt zu wahren verpflichtet ist.

I. Wir kommen hier auf den Pfandgläubiger zurück. Die psychologische Unmöglichkeit des Selbstcontrahirens kann jederzeit beseitigt werden durch Zuziehung einer s. g. persona supposita [3]), d. h. eines Dritten, der mit dem Auftrage kauft, die Sache gegen Ersatz des Kaufpreises an den Pfandgläubiger herauszugeben. Einem solchen Käufer fehlt, obschon er im eigenen Namen contrahirt, jedes selbständige Interesse am Geschäft; der Verpfänder bestimmt einseitig den Inhalt des Vertrags und verletzt dadurch seine Pflicht, beim Verkauf die Interessen des Verpfänders zu wahren und auf einen möglichst theueren Verkauf hinzuwirken. Das Geschäft ist daher nichtig.

1) Vgl. L. 6 §. 3 D. de offic. proc. (1, 16); L. 8 §. 1 D. de lege Julia repet. (48, 11); L. 46 §. 2 D. de iure fisci (49, 14); L. un. §. 3 C. de contr. iud. (1, 53).

2) L. 62 pr. D. h. t.; L. 9 pr. D. de re milit. (49, 16).

3) Der Ausdruck supposita persona ist mehrdeutig; es sind von

Ein ganz anderer Fall ist dagegen der, wenn der Verpfänder einen Dritten beauftragt, für ihn die Sache zu kaufen. Darin liegt keinerlei Gefährdung der Interessen des Verkäufers und keinerlei Collusion; es kann sich also nur darum handeln, ob nicht der Satz im Wege steht, dass Niemand seine eigene Sache kaufen kann. Allein das Bedenken fällt weg, wenn der Beauftragte die Sache zunächst formell für sich erwirbt; dadurch hört sie gerade auf, Sache des Verpfänders zu sein; direkte Stellvertretung (in Beziehung auf den Eigenthumserwerb) wäre allerdings unzulässig [1]).

II. Diese Grundsätze von der persona supposita finden natürlich auch auf Vormünder und Procuratoren Anwendung, obschon ein ausdrückliches Quellenzeugniss fehlt.

In diesen Verhältnissen kommen dann noch folgende besondere Erscheinungen vor:

1) Es steht an und für sich nichts im Wege, dass jene Personen bei einer von ihnen selbst veranstalteten Auktion als Käufer mitbieten. Die Voraussetzung ist nur, dass die Versteigerung als solche in redlicher Weise vor sich geht. Alsdann liegt

a) kein Selbstcontrahiren vor; denn der Auktionator ist nach römischer Einrichtung nicht bloses Vollzugsorgan des Versteigernden; er schliesst die Verträge auf eigenen Namen ab und wird insbesondere Eigenthümer des gezahlten Kaufpreises [2]). Allerdings aber

b) veräussert der Auktionator mit Zustimmung des

unserm Falle, wo Jemand kauft im eigenen Namen, aber ohne ein selbständiges Interesse zu haben, (vgl. auch L. 46 §. 2 D. de iure fisci 49, 14), die folgenden Fälle zu unterscheiden: a) Mangel der ernstlichen Absicht zu kaufen; falsus emtor; L 4 §. 5 D. de addict. (18, 2); b) Handeln der persona supposita in directer Stellvertretung; c) Vorschieben eines angeblichen Käufers, weil der wirkliche Käufer ein Interesse daran hat, ungenannt zu bleiben. Dies ist an sich durchaus zulässig. L. 5 §. 4 D. de auct (26, 8).

1) L. 22 §. 3; vgl. §. 4 und 5 D. mand. (17, 1); L. 52 §. 1 D. de pact. (2, 14); Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 164.

2) Gai. IV, 126; Mommsen im Hermes, Bd. 12 S. 94: „der leitende Gedanke ist der, dass statt des eigentlichen Geschäftsherrn der Mittelsmann als Verkäufer auftritt. . . . die aus dem Kaufgeschäft ent-

Eigenthümers und überträgt daher Eigenthum [1]). Und insoferne nun hier die Zustimmung des Vormunds vorliegt, erwirbt derselbe Eigenthum von dem, den er selbst zur Veräusserung autorisirt. Hierin liegt das Bedenkliche, namentlich auch bezüglich der Zulässigkeit der Ersitzung. Aber

c) dieses Bedenken wird aus Zweckmässigkeitsgründen (utilitatis causa) überwunden durch die genügende Sicherheit, welche die Auktion gerade für die materielle Selbständigkeit des Vertreters dem Vertretenen gegenüber gewährt. Liegt aber trotz derselben eine Benachtheiligung des Principals vor, so genügt die Klage aus dem Vertretungsverhältnisse, wie sie ja auch bei jedem anderen nachtheiligen Zuschlag stattfinden würde [2]). So ist denn hier auch die für die Ersitzung erforderliche bona fides vorhanden [3]).

Zweifelhafter mag der umgekehrte Fall erscheinen, wenn der Vormund bei einer Versteigerung seiner Sachen für den Mündel kauft (oder durch eine persona supposita kaufen lässt). Indessen ist illoyales Verhalten doch auch hier nicht unbedingt nothwendig; es ist also aus den Umständen zu ermitteln, ob bona oder mala fide verfahren ist.

Dieser Gesichtspunkt ist nun auch für das heutige Recht entscheidend. Bei uns ist der Auktionator regelmässig in Beziehung auf das Geschäft in seiner Totalität der direkte Stellvertreter des Veranstaltenden; aber die loyal geführte Versteigerung selbst gibt ihm eine viel selbständigere Stellung, als sie sonst der direkte Stellvertreter dem Principal gegenüber hat.

2) Der Vormund kann auch vom Mitvormund kaufen. Allein dieser Vorgang bietet nicht die nämlichen Garantien dar, wie die Versteigerung. Vielmehr kommen die folgenden Rücksichten in Betracht.

springenden Klagen finden statt zwischen dem Mittelsmann und dem Käufer."

1) In dieser Beziehung ist die Darstellung von Mommsen a. a. O. irrig.

2) L. 2 §. 8, 9 D. pro emt. (41, 4). Die besondere Gestaltung der römischen Auktion ist in dem oben erwähnten reichsgerichtlichen Erkenntniss so wenig wie von Römer berücksichtigt.

3) L. 2 §. 8, 9 D. pro emt. (41, 4).

a) Es kann eine Collusion der beiden Vormünder stattfinden; der Kauf ist alsdann mala fide abgeschlossen und daher ungiltig; jedoch kann der zur Mündigkeit gelangte Eigenthümer den Handel genehmigen. Es liegt also insofern nicht eine schwebende [1]), sondern eine heilbare Ungiltigkeit vor. Jene Genehmigung ist namentlich auch dann vorhanden, wenn der ehemalige Mündel mittelst der actio tutelae Entschädigung vom einen oder anderen der Colludenten erlangt hat.

b) Die Unredlichkeit kann einseitig sein, indem der kauflustige Vormund eine Zwischenperson benützt; dadurch entzieht er dem anderen Vormund möglicherweise die richtige Würdigung der Verhältnisse; derselbe wäre in der Lage gewesen, auf des Gegners Pflichtgefühl einzuwirken, wenn er ihn als Käufer gekannt hätte. Wohl aber kann die Einschiebung auch bona fide erfolgen, weil der Vormund nicht nach Aussen als Käufer erscheinen mag.

3) In ähnlicher Weise kann der Vormund auch vom Pfandgläubiger des Mündels kaufen [2]).

4) Liegt ein Verfahren mala fide vor, so ist es offenbar dem benachtheiligten Mündel gleichgiltig, ob der ungetreue Vormund dabei sein eigenes Interesse oder das eines andern Mündels verfolgt. Es kommen daher auch für diesen Fall die bisher besprochenen Sätze zur Anwendung [3]).

5) Der Bevollmächtigte macht sich einer entsprechenden Pflichtverletzung nur schuldig, wenn er entweder Generalbevollmächtigter oder vermöge seiner Specialvollmacht verpflichtet ist, gerade in Beziehung auf das Kaufobject die Interessen der Partei zu vertreten. Dagegen hat kein Specialbevollmächtigter die Pflicht, des Vollmachtgebers Interessen auch in anderen Angelegenheiten zu wahren; wenn daher z. B. der Rechtsanwalt eine Sache seines Clienten kauft, so steht dieses Geschäft nicht unter den Anforderungen einer besonderen bona fides.

1) Denn es ist nicht gesagt, dass bis zur erreichten Mündigkeit (oder Grossjährigkeit) die Ungiltigkeit nicht geltend gemacht werden kann.

2) Diese Sätze sind enthalten in L. 5 D. de auct. (26, 8); L. 5 C. de contr. emt. (4, 38).

3) Nicht hieher gehört L. 56 D. de administr. (26, 7)

6) Der Bevollmächtigte und der Vormund machen sich endlich einer Pflichtverletzung auch dann schuldig, wenn sie mit dem dritten Contrahenten colludiren. Auch hier wirkt die Collusion auf den Vertrag selbst zurück und macht denselben anfechtbar [1]).

III. Eine Collusion des Kaufes mit anderweitigen Interessen kann sich endlich noch einmal auf dem Gebiete des Pfandrechts ergeben.

1) Kauft der Bürge des Schuldners die von diesem bestellten Pfänder, so benimmt er ihm die Möglichkeit der Ablösung des Pfandrechts; ebenso entzieht er den Nachhypothekaren ihr Pfandrecht und setzt dadurch den Verpfänder von ihrer Seite der actio pigneraticia aus; kurz er verschlechtert ganz im Widerspruch mit der Intention der Bürgschaft die Lage des Hauptschuldners. Die hierin liegende Pflichtwidrigkeit ist besonders dann einleuchtend, wenn zwischen Beiden ein Mandatsverhältniss obwaltet; aber auch ohne diese Grundlage wird sie angenommen.

Die Rückwirkung derselben auf den Kauf besteht aber nicht darin, dass dieser schlechthin ungiltig ist, vielmehr wird er umgedeutet als Ausübung des ius offerendi. Ob diese Construktion der concreten empirischen Absicht entspricht, ist gleichgiltig; es kann auch eine Vergewaltigung derselben vorliegen.

Eine besondere Complication dieses Verhältnisses besteht noch darin, dass der Bürge solchen Erwerb auch einseitig machen kann. In diesem Falle liegt wegen mangelnden Vertragsschlusses überhaupt kein Kauf, sondern nur das Analogon davon vor; die Umdeutung findet aber auch hier statt [2]).

2) Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Nachhypothekar.

1) L. 13 §. 27 D. de a. e. v. (19, 1). Besonders strenge Bestimmungen enthielt das römische Recht für den Fall, dass sich öffentliche Beamte an fiscalischen Verkäufen als Käufer betheiligten. Das Detail ist ohne Interesse. L. 18 C. de resc. vend. (4, 44); L. 46 D. h. t. Vgl. L. 7 C. de fide et iure hastae. (10, 3).

2) L. 2 D. de distr. pign. (20, 5); L. 59 §. 1 D. mand. (17, 1); L. 2 D. de pign. (20, 1); L. 59 D. de fideiuss (46, 1); L. 1 C. de dolo (2, 21). Vgl Dernburg Pfandrecht Bd II S. 169. Von einem andern Falle handelt L. 81 D. h. t.

Wenn dieser vom Vormann kauft, verletzt er ebenfalls die Interessen des Verpfänders im Widerspruch mit seiner Verbindlichkeit aus dem contractus pigneraticius; auch hier also tritt die nämliche Umdeutung ein; was als Kauf beabsichtigt war, wird als Ausübung des ius offerendi aufrecht erhalten.

L. 5 §. 2, L. 6 D. de distrat. pign. (20, 5).

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam adquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest [1]).

§. 199.

Auch ohne solche besondere Beziehungen hat jeder Contrahent dem andern gegenüber beim Vertragsschlusse gewisse sittliche Pflichten zu erfüllen, durch deren Verletzung die das Geschäft beherrschende bona fides beeinträchtigt werden würde [2]).

Vor Allem ist das Gegentheil dieser bona fides der Betrug [3]). Derselbe kann bestehen in der Erweckung der falschen Vorstellung eines Merkmals, dessen objective Existenz Erforderniss der Giltigkeit des Geschäftes ist; z. B. der betrügerische Verkauf (oder Kauf) einer nicht existirenden Sache [4]), betrügerische Täuschung über die Handlungs-

1) Es handelt sich nicht um Interpretation des concreten Willens. Es wird angenommen, dass er habe offeriren wollen, mag er selbst gedacht und gewollt haben was immer.

2) Die, allerdings zunächst nur mit Beziehung auf den Zwang aufgestellte Ansicht von Czyhlarz (in Ihering's Jahrb. Bd. 13 S. 7 fgg.), dass die bona fides nur für den Inhalt, nicht für den Abschluss des Geschäfts massgebend sei, ist offenbar unrichtig; gerade die im vorigen Paragraphen besprochenen Fälle sind dabei gar nicht berücksichtigt. Ganz abgesehen davon, dass sich eine feste Gränze zwischen Abschluss und Inhalt in dieser Beziehung nicht ermitteln lässt, so ist das Argument, die b. f. sei kein obligationserzeugendes Moment, zwar an sich richtig (Bd. I S. 469 fgg.), aber hier belanglos, da es sich ja nur darum handelt, ob die bona fides bei Eingehung des Geschäfts ein Moment innerhalb des Thatbestands des vollwirksamen Contrakts ist. Auch die Bildung der Formel ist kein Argument; die Demonstration ist ja doch keine rechtskräftige Vorentscheidung des Prätors über den giltigen Abschluss des Geschäfts.

3) Die Lehre vom Betrug kommt hier nur soweit in Betracht, als es sich um die Giltigkeit des Geschäfts handelt. Literatur bei Windscheid §. 78.

4) L. 57 D. h. t.

fähigkeit u. s. w. Hier ist das Geschäft wegen dieses Mangels absolut nichtig [1]), und der hinzutretende Betrug kann nur als Grundlage einseitiger Entschädigungsansprüche dienen. Diese Fälle bleiben hier also ausgeschlossen.

Danach bleiben hier nur die Fälle übrig, wo der Betrug als unsittliche Einwirkung auf den Entschluss des Andern, genauer auf die denselben motivirenden Vorstellungen erscheint [2]).

Ein solches Geschäft, welches an keinem objectiven Mangel leidet und von dem daher nur gesagt werden kann, dass es ohne die Einwirkung des Betruges nicht oder nicht so geschlossen worden wäre, ist daher an und für sich gleichwohl giltig; sonst würde allerdings die Consequenz eintreten, dass der Betrogene sich selbst zu seinem Vortheil auf seine Unsittlichkeit als solche berufen könnte.

Aber auch von dem vieldeutigen Begriffe einer relativen Nichtigkeit oder von einem negotium claudicans im Sinne der herrschenden Theorie ist keine Rede. Das Geschäft ist für beide Theile klagbar, nur kann der Klage des betrügenden Theils der Anfechtungswille des Betrogenen entgegentreten, dergestalt dass dadurch das Geschäft möglicher Weise in seiner Totalität zusammenfällt. Jene Klage hat daher gewissermassen den Charakter einer Recognoscirung. Genau dieselbe Behandlung tritt auch in den Fällen der Collusion, sowie im Falle der, wenn auch nicht betrügerischen, Benachtheiligung eines Minderjährigen ein.

L. 13 §. 27 D. de a. e v. (19, 1):

Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex emto; et puto hactenus ut aut stetur emtioni aut discedatur. §. 28. Sed et si quis minorem XXV annis cir-

1) Diese Nichtigkeit kann daher hier auch der Betrüger selbst geltend machen. Man sollte doch die Redensart, dass Niemand sich auf seine eigene Unsittlichkeit berufen könne, nicht immer in diesem Zusammenhang fortführen; es handelt sich hier gar nicht um die Unsittlichkeit, sondern um die auf objectiven Mängeln beruhende Ungiltigkeit. Sonst müsste man auch Demjenigen, der wissentlich eine Doppelehe eingeht, die Möglichkeit entziehen, die Nichtigkeit der zweiten Ehe geltend zu machen u. s. w.

2) Den Begriff selbst im Einzelnen zu entwickeln kann natürlich nicht in unserer Aufgabe liegen. Vgl. Pernice Labeo II S. 60 fgg.

cumvenerit, et huic hactenus dabimus actionem ex emto, ut diximus in superiore casu.

In diesem Sinne wird daher das durch Betrug entstandene Geschäft als nichtig, nullius momenti[1]), bezeichnet. In formeller Beziehung erscheint der dolus als Negation der bona fides[2]), so dass es einer exceptio doli nicht bedarf: und in materieller Beziehung ergibt sich, wie gesagt, Wirkungslosigkeit nach beiden Seiten.

Zu einem weitergehenden Resultate führen auch die Stellen nicht, welche die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags auf Grund des Betrugs aussprechen. Die L. 3 §. 3 D. pro socio (19, 2) würde an sich auch eine ganz andere Deutung zulassen, nämlich auf eine zu betrügerischen Zwecken eingegangene und daher gegen die boni mores verstossende Gesellschaft; das Analogon wäre also der beiderseits wissentliche Kauf der res furtiva. Aber auch wenn man an unsern Fall denkt, so lassen die Worte ipso iure doch ohne Weiteres die Erklärung zu, dass der Betrogene zu seiner Vertheidigung keiner Exception bedarf, eben weil der Betrug die Negation der bona fides ist. Und in L. 16 §. 1 D. de minor. (4, 4) wird lediglich die Nothwendigkeit der prätorischen Restitution in Abrede gestellt, da schon von Rechtswegen die societas nulla ist; von der besondern Beschaffenheit dieser Nichtigkeit ist auch hier keine Rede. So stehen beide Stellen durchaus im Einklang mit den obigen Ausführungen und man braucht daher auch nicht an eine Besonderheit des Gesellschaftsvertrages zu denken. Auch die speciell vom Kauf handelnde L. 7 pr. D. de dolo (4, 3) von Ulpian führt zu keinem widersprechenden Resultat. Macht sich der Käufer der Theilnahme am Betruge schuldig, so hat der Verkäufer Entschädigungsansprüche gegen ihn; ja, wenn durch den Betrug der Abschluss selbst verursacht ist, so ist die venditio nulla, d. h. der Verkäufer ist dann gar nicht einmal auf Entschädigungsansprüche angewiesen; sein Interesse besteht darin, dass er das Geschäft nicht gelten lässt. Von einer absoluten Nichtigkeit ist auch hier keine Rede; die Ansicht, dass eine das ganze Geschäft umstossende Anfechtbarkeit vorliegt, die formell kei-

1) L. 5 §. 2 D. de auct. (26. 8).

2) L. 68 §. 1 D. h. t.; L. 7 §. 3 D. de dolo malo (4, 3); L. 5 C. de rescind. vend. (4, 44).

ner Exceptio bedarf, ist mit der Stelle in keiner Weise unverträglich [1]).

Gerade umgekehrt ergibt sich aus einigen Stellen der Zweifel, ob nicht der Betrug, welcher den Kauf verursacht, ausnahmsweise lediglich die actio de dolo erzeugt?

Zwar die bekannte und mehrfach interessante Stelle von Cicero de offic. III, 14 §§. 59, 60 [2]) ist für das geltende Recht ohne Bedeutung. Dort wird der Käufer, welcher durch betrügerische Manipulationen des Verkäufers über gewisse locale Verhältnisse in der Nähe des Kaufobjects getäuscht worden ist, auf die actio doli verwiesen. Der Grund kann ein mehrfacher sein: unvollkommene Ausbildung der contraktlichen bona fides zu Cicero's Zeiten; insbesondere die Erwägung, dass sich der Betrug nicht unmittelbar auf das Kaufobject bezogen hat oder dass er nicht beim Kaufabschluss selbst erfolgt ist. Mag dem sein wie ihm wolle, im ausgebildeten Recht würde auch hier die contraktliche bona fides selbst so oder so Hilfe gewähren [3]).

Dass aber in der That hier eine allmähliche Entwicklung stattgefunden hat, beweist der Umstand, dass noch Labeo es für zweifelhaft hält, ob gegen Betrug oder Unredlichkeit beim Vollzug (Uebergabe des Sklaven, nachdem er vorher vergiftet, Uebergabe des Grundstücks, nachdem es vorher mit Servituten belastet worden ist,) die Contraktsklage zuständig sei [4]).

Dem gegenüber hat doch bereits Gaius anerkannt, dass

1) Vgl. über diese Stelle Burchardi, die Wiedereinsetzung S. 344; Vangerow Bd. III S. 277. Bei der obigen Erklärung ist es auch nicht nöthig, einen durch Betrug verursachten wesentlichen Irrthum anzunehmen, der schwer zu entdecken sein würde. Vgl. auch noch L. 28 D. de a. e. v. (19, 1).

2) Bd. I S. 651.

3) Burchardi (a. a. O. S. 292) will die Erklärung aus der stattgehabten Novation ableiten. Allein der Ausdruck nomina fecit ist nicht nothwendig auf Novation (resp. Creditirung des Kaufpreises) zu beziehen; er kann auch bedeuten, was ich sogar für näher liegend halte, dass der Käufer Schulden bei Dritten machte. Sodann wäre ja doch immer nur die gar nicht in Betracht kommende actio venditi, nicht die actio emti novirt; und endlich stünde auch der novirten Forderung gegenüber die exceptio doli zu; die L. 19 D. de nov. (46, 3), die angeblich das Gegentheil sagen soll, handelt von der Delegation.

4) L. 7 §. 3 D. de dolo (4, 3).

der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer Verschlechterungen, die seit der Besichtigung an der Sache eingetreten sind, beim Vertragsschlusse zur Anzeige zu bringen; um wie viel mehr würde er ihn für dolose Verschlechterungen, die er im Stadium der Vorverhandlungen selbst vornimmt, verantwortlich machen [1]).

Desto merkwürdiger erscheint uns aber die folgende Aeusserung von Ulpian:

L. 37 D. de dolo (lib. 44 ad Sabin.)

Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est aeque sic habendum est ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.

Der zweite Theil der Stelle, der hier allein in Betracht kommt, ist in dieser Allgemeinheit schlechterdings falsch. Es wird daher angenommen werden müssen, dass Ulpian die ädilitischen Klagen im Auge gehabt hat. Diese sind nicht bonae fidei; sie finden nicht statt, wenn der Verkäufer die Haftung für den Mangel ausdrücklich ablehnt, obschon er weiss, dass er besteht; dass aber gerade an ein solches ablehnendes dictum zu denken ist, machen die Worte adversus dictum promissumve jedenfalls sehr wahrscheinlich.

Nach Civilrecht ist auch dieser dolus dem Gegner unschädlich, namentlich bleibt der Verkäufer verantwortlich, wenn er die Haftung für Servituten ablehnt, obschon er weiss, dass sie existiren [2]). Gerade also darin besteht das Auffallende unserer Stelle, auch wenn wir sie zunächst auf die ädilitischen Klagen beziehen, dass nicht subsidiär die actio emti hervortritt. Man kann doch sagen, der Verkäufer, der die ädilitische Haftung dolose von sich abweist, handelt damit gegen die den Contrakt in allen seinen Beziehungen und Verzweigungen beherrschende bona fides [3]). Allein diese Ansicht scheint Ulpian nicht gehabt zu haben; das Gebiet der ädilitischen Klagen ist ihm ein ganz selbständiges hinter welchem subsidiär nur die actio doli steht [4]).

1) L. 9 D. de peric. (18, 6).

2) Vgl. L. 13 §. 6, L. 39 D. de a. e. v. (19, 1).

3) L. 2 C. de a. e. v. (4, 49).

4) Zu beachten ist, dass die L. 9 D. de aed. ed. (21, 1), welche

Für das heutige Recht werden wir daher auch bei dieser Entscheidung nicht stehen bleiben, doch kann diese Frage erst in anderem Zusammenhange erörtert werden [1]).

§. 200.

Die Reaktion des Betrogenen gegen die Klage des Gegners hat nicht ohne Weiteres die Wirkung, dass das Geschäft zusammenfällt. Die Wirkung kann auch in einer Entschädigung bestehen [2]). Es fragt sich, wie die Gränzlinie zwischen diesen verschiedenen Möglichkeiten zu ziehen ist.

1) Wir haben keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Be-

sich auch ihrem Inhalt nach ohne Zweifel auf das Edikt bezieht, dem nämlichen Buche des Ulpian entnommen ist.

1) Pernice Labeo (II, 75 fgg.) ist der Ansicht, dass das Verleiten zum Vertrage durch betrügerische Vorspiegelungen (dolus causam dans in seinem Sinne) und das dolose Verschweigen der Anzeigepflicht (dolus incidens) noch von Ulpian unterschieden worden sei. Dass zwischen dieser doppelten Richtung des dolus — mag man darauf welche Terminologie immer anwenden — geschichtlich ein Gegensatz bestand, ist ohne Zweifel richtig und von mir selbst bereits früher (Bd. I S. 647) unter Bezugnahme auf Cicero dargelegt worden. Dass aber noch Ulpian den ersteren dolus nicht als Verletzung der contraktlichen bona fides aufgefasst haben soll, wird schwerlich Jemand glauben; jedenfalls wäre vorher noch L. 13 §. 4, 5 D. de a. e. v. (19, 1) und L. 3 pr. D. dolo (4, 3) genügend zu erklären; die Deutung derselben auf unterlassene Anzeige (a. a. O. S. 85 A. 47) wird kaum viel Beifall finden. Die L. 7 §. 2 D. eod., unter allen Umständen schwierig, handelt aber vom Betruge beim Vollzug und kommt insofern nicht unmittelbar in Betracht, die L. 5 C. de resc. vend. (4, 44) nennt die Klage nicht, aber ihre Motivirung weist doch entschieden auf die Contraktsklage hin; die L. 10 C. eod. mag man ja immerhin auf förmliche Restitution beziehen; aber wo ist denn gesagt, dass der dolus, von welchem beide Stellen handeln, gerade durch Anpreisen verübt worden ist; die Stellen selbst geben für die Qualification des dolus nicht den geringsten Anhalt. — Uebrigens ist zu beachten, dass in einem Falle das klassische Recht den Betrug durch Vorspiegelungen schärfer reprimirt als den durch Verschweigen. L. 14 §. 2 D. de liberali causa (40, 12): Dolo autem non eum fecisse accipimus qui non ultro instruxit emtorem sed qui decepit.

2) L 7 §. 3 D. de dolo malo (4, 3). — Dass die L. 12 §. 1 D. de j. d. (23, 1) hier nicht ohne Weiteres herbeigezogen werden kann, sollte bei der völligen Verschiedenheit des dotalrechtlichen Aestimationsvertrags vom Kaufvertrag nicht bezweifelt werden.

trogene schlechthin die Wahl hat zwischen Ungiltigkeit und Entschädigung, etwa in ähnlicher Weise wie nach H.G.B. Art. 355 fgg. für den nicht säumigen Contrahenten ein solches Wahlrecht besteht. Namentlich die L. 7 pr. D. dolo (4, 3) schliesst die Annahme einer solchen Wahl aus[2]).

Vielmehr

2) wird in dieser Stelle auf ein objectives Merkmal hingewiesen; nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Allein auch dieser Unterschied, den man als Gegensatz von dolus causam dans und dolus incidens zu bezeichnen pflegt, ist kein absoluter, sondern lässt sich nur nach der Beschaffenheit des concreten Falles bestimmen. Der nämliche Betrug kann das einemal nur für die Modalitäten des Geschäfts, Kaufpreis u. s. w. von Einfluss gewesen sein, während in einem anderen Falle der Betrogene ohne diese Einwirkung den Vertrag gar nicht geschlossen hätte. Dies ergibt sich gerade aus L. 7 pr. D. cit. selbst, wo offenbar dem nämlichen Betrug bald diese bald jene Wirkung beigelegt wird. Aber auch die sonstigen Quellenbeispiele führen zum nämlichen Resultat. So findet nach L. 11 §. 3 D. de a. e. v. Rescission statt, wenn der Käufer über die Jungfräulichkeit der Sklavin getäuscht ist. Schwerlich wird Jemand glauben, dass dies immer und nothwendig ein dolus causam dans ist; man braucht sich als Käufer nur einen Sklavenhändler vorzustellen, der sowohl mit Frauen als mit Jungfrauen handelt. Liegt umgekehrt ein Betrug bezüglich der Fertigkeiten des Sklaven vor, so spricht L. 12 §. 4 D. eod. von Entschädigungsansprüchen; wer will bezweifeln, dass es sich hier möglicher Weise um einen s. g. dolus causam dans handeln kann? In ganz ähnlicher Weise verhält es sich mit dem in L. 57 §. 1 D. h. t. entschiedenen Fall[2]). Und wenn Julian in L. 13 §. 5 D.

1) Die Meinung von Ziegler (über Betrug beim Vertragsabschlusse, 1870, S. 50), dass auch der Betrüger das Recht hat, gegenüber den Entschädigungsansprüchen des Betrogenen, die Aufhebung des Vertrags zu verlangen, ist — abgesehen vom Falle des wechselseitigen Betrugs — ersichtlich falsch.

2) Hier handelt es sich ohnehin um den Gegensatz des Falls, wenn das angebliche Kaufobject gar nicht existirt und wenn es nur als Brandruine existirt. Nur im letzteren Falle kann der Kauf bestehen; damit ist nicht gesagt, dass er nothwendig besteht.

de a. e. v. dem Verkäufer der Erbschaft, den der Käufer durch doloses Wegschaffen von Erbschaftsobjecten über den Werth getäuscht hat, eine Entschädigungsklage gewährt, so darf man nur an die Möglichkeit denken, dass der Betrüger nicht im Stande ist, die Entschädigung (Preiserhöhung) zu zahlen, um auch hier das Ungenügende des Resultats zu erkennen [1]).

Die richtige Auffassung wird also die sein: der Betrüger reagirt gegen den dolus des Gegners, ohne dass diese Reaktion, weil sie sich als Negation der bona fides darstellt, in Gestalt einer Exceptio geltend zu machen ist. Aber worin die Wirkung besteht, in der Umstossung des Geschäfts oder in einer Entschädigung (Preisminderung, Preiserhöhung), das hängt lediglich von den Umständen des concreten Falles und beziehungsweise von der Intensität des Betruges ab. Auch im Falle des s. g. dolus causam dans kann das Interesse des Geschädigten eine stärkere Reaktion als die blose Umstossung des Geschäfts erfordern.

Die Rescission ist daher kein selbständiges Recht; sie ist nichts anderes als eine der verschiedenen möglichen Reaktionen gegen den dolus. Sie beruht auf dem Willen des Betrogenen; er kann auch, wo sie angezeigt wäre, die Entschädigung vorziehen; insoferne kann man sagen, der Betrogene rescindire das Geschäft. Sie beruht aber nicht auf seinem nackten Willen, sondern auf dem Nachweise, dass sein Interesse gerade diese Wirkung erfordere; insoferne kann man sie auch als Akt des Richters bezeichnen [2]).

Eine Klage auf Rescission gibt es im klassischen Recht überhaupt nicht; der betrogene Theil, der den Vertrag nicht gelten lassen will, braucht zunächst überhaupt nicht zu klagen; hat er erfüllt, so klagt er auf Entschädigung, die möglicher Weise durch Rückgabe der Leistung gegenstandslos gemacht werden kann so dass Freisprechung eintritt [3]). Im heutigen Recht kann auch direkt ein richterlicher Ausspruch

1) So kann auch beim dolosen Verkauf einer fremden Sache das Interesse des Käufers gerade in der Rescission bestehen. L. 4 pr. D. de a. e. v. (19, 1).

2) L. 5 C. de resc. vend. (4, 44).

3) Vgl. Paul. S. II, 17, § 6.

darüber, dass der Kläger berechtigt ist vom Vertrage zurückzutreten, durch Klage herbeigeführt werden [1]).

§. 201.

Eine besondere Eigenthümlichkeit des Betrugs, namentlich im Gegensatz zum Zwang, ist die, dass er auch gegenseitig vorkommen kann. Ueber diesen Fall ist noch Folgendes zu bemerken.

Der gegenseitige Betrug kann den nämlichen Punkt betreffen, z. B. der Verkäufer verschweigt betrüglich einen Mangel, umgekehrt verschweigt auch der Käufer betrüglich, dass ihm derselbe bekannt ist; jeder speculirt auf die Unwissenheit des Andern. Es kann sich auch um verschiedene Punkte handeln; der Verkäufer verkauft wissentlich eine fremde Erbschaft, der Käufer schafft Erbschaftssachen bei Seiten, um auf den Preis zu drücken.

In beiden Fällen nun kann sich Keiner auf den Betrug des Andern berufen; das beiderseitige Verhalten steht im Gleichgewicht; die Quellen sprechen von Compensation des Dolus. Folglich kann kein Theil vom andern Entschädigung verlangen; vielmehr kann es nur bei der Ungiltigkeit das Bewenden haben [2]).

Aber mehr als dies ist nicht gesagt. Von einer absoluten Nichtigkeit, die auch von Amtswegen zu berücksichtigen wäre, ist keine Rede. Wenn die Contrahenten den Vertrag, ausdrücklich oder stillschweigend, gegenseitig anerkennen wollen oder wenn der eine Theil den ihm zugefügten Betrug nicht gel-

1) Eine Feststellungsklage im Sinne des §. 231 der C.P.O. ist diese Klage aber nicht. — Zu beachten ist übrigens, dass der Ausdruck rescindere sich in dieser Anwendung in den Pandekten nur selten findet, z. B. in der von Hermogenian herrührenden L. 23 D. loc. (19, 2). Daneben kommt der Ausdruck vor: „discedere“, dessen Gegensatz stare emtioni ist, L. 13 §. 27, 28 D. de a. e. v. (19, 1); L. 47 §. 1 D. de min. (4, 4); L. 21 §, 4 D. quod. m. c. (4, 2) [der Ausdruck emtio stat wird noch in einer anderen Anwendung gebraucht, nämlich mit Beziehung auf das Dasein eines objectiven Merkmals. L. 57 D. h. t.] Im Codex dagegen ist rescindere sehr häufig. Vgl. Tit. C. 4, 44. —

2) L. 4 §. 13 D. de doli mali exc. (44, 4). L. 154 D. de R. I. L. 57 §. 3 D. h. t.; L. 3 §. 3 D. de eo per quem (2, 10).

tend macht, wo ist das öffentliche Interesse, das doch allein die weitergehende Ungiltigkeit zu rechtfertigen vermöchte?

Verschieden von dem gegenseitigen ist der gemeinschaftliche Betrug. In diesem Falle liegt

a) möglicher Weise Nichtigkeit wegen Simulation vor [1]). Umgekehrt kann

b) volle Giltigkeit bestehen, wenn die Täuschung Dritter lediglich als Geheimhaltung oder falsche Darstellung der wirklich getroffenen Vereinbarungen erscheint [2]). — Namentlich gehört hierher auch der Fall, wenn im Einverständnisse der Parteien nach Aussen ein Dritter als Käufer bezeichnet wird, weil der wahre Käufer als solcher nicht „genannt" sein will [3]).

Endlich kann ein Betrug auch verübt werden von einem Dritten, ohne Mitwissenschaft beider Contrahenten. Begreiflicher Weise kann derselbe als Betrug nur geltend gemacht werden mit der actio de dolo. Wohl aber kann die Folge sein, dass der Contrakt an einem objectiven Mangel leidet und um deswillen nichtig ist (oder Entschädigungsansprüche sich ergeben). Speciell hievon ist die Rede:

1) in dem oben besprochenen Fall, L. 7 D. de dolo (4, 3).

2) in L. 18 §. 3 D. eod. (Paulus lib. XI ad Edict.)

De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atqui si majora pondera commodavit, id quod amplius mercis

1) Von dieser internen Nichtigkeit ist aber wohl die Frage zu unterscheiden, inwiefern die angeblichen Contrahenten das Geschäft dem Dritten gegenüber gelten lassen müssen; diese Frage tritt namentlich dann hervor, wenn der simulirte Kauf in einer rechtsförmlichen Urkunde verlautbart und als gegenseitig vollzogen bezeugt wird, welche Urkunde dann vom angeblichen Käufer dritten Personen gegenüber als Erwerbs- und Legitimationsurkunde benutzt wird. Um diese Frage handelte es sich in dem von Hartmann (Ihering's Jahrb. Bd. 20 S. 3) erwähnten Processe; das appellationsgerichtliche Erkenntniss ist in wesentlicher Uebereinstimmung mit einem von mir erstatteten Rechtsgutachten ergangen.

2) L. 11 C. de resc. vend. (4, 44).

3) L. 5 §. 6 D. de auct. (26, 8).

datum est repeti condictione potest; si minora, ut reliqua merx detur ex emto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, quum ille decipiendi causa affirmasset se aequa pondera habere [1]).

§. 202.

Es ist nun noch der Einfluss des Betruges auf den Vollzug zu erörtern [2]); damit ist dann zugleich auch im Wesentlichen der Fall erledigt, wenn der Betrug beim unmittelbaren Austausch stattfindet. Es handelt sich dabei um die Frage nach dem Eigenthumsübergang.

Dass dieser trotz des Betruges beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen eintritt, ist unzweifelhaft: die L. 10 C. de resc. vend. (4, 44) spricht diesen Satz direkt aus.

Dolus emtoris qualitate facti non quantitate pretii aestimatur, quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat in integrum restitutio competit.

Unter dieser letzteren ist wohl nicht die Restitution im technischen Sinne, für welche kein Bedürfniss besteht, sondern die Contraktsklage zu verstehen, deren Zweck dahin geht, den Betrüger zur Wiederverschaffung des Eigenthums, eventuell zur vollen Entschädigung anzuhalten. Auch sonst wird die Giltigkeit der Veräusserung überall vorausgesetzt [3]).

Nicht dasselbe wird dagegen auch in den Fällen der Collusion gesagt werden können. Denn hier liegt offenbar nicht nur eine Untreue beim Vertragsschluss, sondern zugleich eine Ueberschreitung der Veräusserungsbefugniss vor, es muss daher auch die Nichtigkeit der Veräusserung behauptet werden; dieselbe ist jedoch durch nachträgliche Genehmigung heilbar.

1) Vgl. L. 32 D. de a. e. v. (19, 1). Vangerow Bd. III S. 282.

2) Vollzieht der Betrogene, nachdem er den Betrug als solchen erkannt hat, so liegt darin Verzicht auf die Anfechtung, jedenfalls in ihrer Richtung auf Ungiltigkeit des Geschäfts.

3) Vgl. auch Paul. S. l. c. — Die L. 13 §. 5 D. de a. e. v. (19, 1) setzt selbst für den Fall, dass der Käufer betrügt, die Giltigkeit des Erwerbs voraus.

Daraus folgt, dass die Collusion auch die Ersitzung ausschliesst, es fehlt an der erforderlichen bona fides [1]).

§. 203.

Kann der Betrug, soferne er als solcher in Betracht kommt, nur aus dem Gesichtspunkt der Verletzung ethischer Pflichten aufgefasst werden, so ist die Beurtheilung des Zwanges nicht ganz ebenso einfach.

Die herrschende Ansicht [2]) geht zwar auch jetzt noch dahin, dass das erzwungene Geschäft ohne Rücksicht darauf, ob es stricti iuris oder bonae fidei ist, zu Recht besteht, aber der Anfechtung mittelst Klage, Einrede, unter Umständen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgesetzt ist. Es fehlt jedoch nicht an manchfacher Opposition. Einige behaupten Nichtigkeit für die bonae fidei negotia, Andere für die Causalgeschäfte, wieder Andere sind der Ansicht, dass in den Quellen zwei entgegengesetzte Strömungen sich finden, und dass dieser Widerspruch von uns im Sinne der Nichtigkeit gelöst werden müsse [3]).

Auf die bonae fidei negotia haben wir selbstverständlich unser Augenmerk in erster Linie zu richten.

Die (absolute) Nichtigkeit des erzwungenen Geschäfts lässt sich — abgesehen natürlich von einer ausdrücklichen Vorschrift, welche für das gemeine Recht in unzweifelhafter Gestalt nicht existirt, — aus psychologischen Gründen ableiten.

Man kann sagen, — dies ist im Wesentlichen der Gedankengang von Schliemann — durch den Zwang werde

1) Dies ergibt das argumentum a contrario aus L. 2 §. 8, 9 D. pro emt. (41, 4) und ist positiv ausgesprochen in L. 5 §. 2 D. de auct. (26, 8). Zugleich erhält damit auch das Erforderniss der bona fides beim Abschlusse des Contrakts eine besondere Bedeutung. Die bona fides ist eben weiter als der blose Glaube an das dominium auctoris.

2) Vgl. Windscheid §. 80.

3) Dies ist die Ansicht von Schliemann, Lehre vom Zwang, der die durch Savigny herrschend gewordene Ansicht zuerst angegriffen hat; die Nichtigkeit der bonae fidei negotia behauptet Schlossmann, Lehre vom Zwang S. 80 fgg.; die der Causalgeschäfte Brinz Pand. (1. Aufl.) S. 1430. Nichtigkeit nach prätorischem Recht lehrt Czyhlarz in Ihering's Jahrb. Bd. 13 S. 1 fgg.

die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung in Frage gestellt, so dass das erzwungene Geschäft dem simulirten verwandt erscheint.

Diese Ansicht ist psychologisch wohl zu begründen. Wer gezwungen handelt, hat jedenfalls denjenigen Willen, den man heutzutage den Erklärungswillen nennt [1]). Ob derselbe aber die wahre Absicht zum Ausdruck bringt oder ob er nur hervorgerufen wird durch die Absicht, sich dem Zwange zu entziehen, ist ungewiss. Beim erzwungenen Geständnisse besteht genau dieselbe Unsicherheit [2]). Sagt man, dass dies der Weg zur Anerkennung der Mentalreservation sei, so ist übersehen, dass der mögliche Zwiespalt zwischen Erklärung und Absicht hier auch dem Zwingenden selbst erkennbar ist, weil er ihn selbst hervorruft; aus diesem letzteren Grunde würde auch die Berufung darauf keine Unsittlichkeit enthalten [3]).

So glaube ich denn auch, dass diese Auffassung dem römischen Recht nicht ganz fremd ist. Ich will dahin gestellt sein lassen, ob Paulus in der bekannten L. 21 §. 5 D. quod met. c. (4, 2) an den Erklärungswillen oder an die Absicht gedacht hat; auch die L. 6 §. 7 D. de a. vel o. h. (29, 2) will ich ganz auf sich beruhen lassen; sie ist eine von den unglücklichen Stellen, über welche niemals eine Einigung zu erreichen sein wird [4]). Wenn wir nun aber bei Dositheus §. 7 Folgendes lesen:

1) Wer über diesen nicht hinausgeht, dem macht das erzwungene Geschäft freilich keine weiteren Schwierigkeiten. Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 16 S. 96.

2) Die Behauptung von Brinz (a. a. O. S. 1435), dass gerade unter dem Einflusse von Zwang die Kaltblütigkeit zur Intrigue fehle, wird wenig Beifall finden. Von „Intriguen" ist gar keine Rede; dass unter dem Einflusse von Zwang gelogen wird, steht erfahrungsmässig fest; complicirter aber ist doch auch eine unwahre Willenserklärung nicht. Die Berufung auf L. 14 §. 3 D. quod. met. c. g. (4, 2) ist nicht zutreffend.

3) Allerdings bleibt dabei die Wirkung gegen Dritte unaufgeklärt; allein dieselbe entzieht sich überhaupt der Erklärung von irgend welchem psychologischen oder ethischen Standpunkt aus.

4) Alles in Allem halte ich die Schlossmann-Kohler'sche Ansicht (vgl. Schl. S. 46; K. S. 121, 341) über die Bedeutung des „fallens" für die plausibelste; dann gehört die Stelle überhaupt nicht hierher.

In his qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur, lex enim Junia eos fieri Latinos iubet quos dominus liberos esse voluit. Hoc vero cum ita sit, debet propositum manumittendi dominus habere. Unde si per vim coactus, verbi gratia ab aliquo populo vel a singulis hominibus manumiserit, non venit servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse qui coactus manumisit,

so kann hier unmöglich der blose Erklärungswille gemeint sein; die Absicht wird in Abrede gestellt. So steht diese Stelle [1]) entschieden auf dem Standpunkt der rechtlich relevanten Mentalreservation, und auf die nämliche Auffassung laufen doch auch die Erörterungen des vetus Ictus (consultatio I §. 1 fgg.) hinaus.

Auch die Lehre von Brinz (a. a. O. S. 1440), dass bei den Causalgeschäften an die Stelle der iusta causa eben die metus causa trete, kann ich mir nicht anders zurecht legen, als so, dass die Erklärung des Gezwungenen nicht der Ausdruck der normalen Absicht — sondern der Absicht ist, sich von der Einwirkung des Zwangs zu befreien. Gleichwohl hat sich Brinz ausdrücklich gegen die Theorie von der Mentalreservation erklärt (S. 1435).

Stellt man sich bei zweiseitigen Verträgen auf diesen Standpunkt, so muss man sich auch über die Consequenz nicht täuschen. Die Folge ist die s. g. absolute Nichtigkeit; es fehlt dem Geschäfte an einem wesentlichen Erfordernisse, an der Uebereinstimmung von Absicht und Erklärung; der Grund der Ungiltigkeit ist nicht die Unsittlichkeit, sondern der Mangel eines objectiven Erfordernisses, auf welchen Mangel sich daher auch der Zwingende selbst berufen kann [2]).

Es muss nun aber daran festgehalten werden, dass der Zwang mehr als einen Zweifel an der Ernstlichkeit der Ab-

1) Die zugleich ein Licht auf L. 17 pr. D. qui et a quibus manum. (40, 9) wirft; dort findet sich die bezeichnende Ausdrucksweise: voluntatem accomodaverit. Brinz a. a. O. S. 1421.

2) Schliemann a. a. O. S. 120, 137, 144. Für diesen Schriftsteller ergibt sich daher die Nothwendigkeit zwischen einseitigen Geschäften, wo absolute, und zweiseitigen zu unterscheiden, wo relative Nichtigkeit vorliegt. Das letztere ist nur dann absolut nichtig, wenn der Zwang, ohne Betheiligung des Gegners, von einem Dritten ausgeübt wird. S. 139—144.

sicht nicht entstehen lässt [1]; die erzwungene Erklärung kann simulirt, sie kann aber auch ernstlich gemeint sein, so dass der Zwang nur als Motiv wirkt [2]; weiter geht auch Schliemann nicht. Ist dies aber so, dann muss auch nach allgemeiner Regel die Erklärung so lange als Ausdruck der geschäftlichen Absicht hingenommen werden, als nicht das Gegentheil in einer für den Gegner erkennbaren Weise hervortritt; blose Zweifelhaftigkeit ist nicht ausreichend, der Erklärung ihre normale Funktion als Ausdruck des ernstlichen Willens zu entziehen [3].

In der That lässt sich denn auch die absolute Nichtigkeit der Consensualcontrakte wegen Zwangs aus den Quellen nicht darthun. Die in Betracht kommenden Stellen sind die folgenden:

Ulpianus L. 116 D. de R. I.

Nihil consensui tam contrarium est qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est [4].

Allein dass mit dieser Stelle juristisch nicht viel anzufangen ist, wird ziemlich allgemein anerkannt. Versteht man unter Consensus die Uebereinstimmung der Parteien, so beruhen darauf die Geschäfte des strengen Rechtes genau ebenso, wenn auch nicht auf dem formlosen Consense. Dass aber der Jurist vielmehr an die Uebereinstimmung von Absicht und Erklärungswille beim einzelnen Contrahenten gedacht haben sollte, wird schwerlich Jemand glauben. Zu dieser Unklarheit kommt das Abspringen in der Argumentation;

1) Die entgegengesetzten Ausführungen von Schlossmann a. a. O. S. 116 fgg. kann ich nicht für überzeugend halten.

2) Vgl. L. 22 D. de R. N. (23, 2).

3) Völlig zutreffend Windscheid §. 80 A. 2. Vgl. auch Vangerow Bd. III S. 282; Schlossmann a. a. O. S. 132. In wieferne die erzwungene Handlung als s. g. schlüssige Handlung dienen kann, ist hier nicht zu untersuchen.

4) Vgl. Vangerow Bd. III S. 282. Keineswegs spricht die Stelle, wie Brinz S. 1424 darstellt, von „jenem Consense, der die Grundlage der bonae fidei iudicia bildet;" sondern von dem Consense, welcher auch die Grundlage der b. f. iudicia bildet.

zuerst mangelnder Consens, dann der völlig verschiedene Gesichtspunkt der Verletzung der boni mores [1]).

Alexander A. Maroni:

L. 1 C. de rescind. vend. (4, 44).

Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est; malae fidei enim emtio irrita est.

Der Verlauf der Stelle ergibt, dass der Vertrag bereits vollzogen ist. Wollen wir gleichwohl annehmen, der Kaiser beziehe seine Aeusserung auf den Contrakt als solchen, so wird als Grund der Ungiltigkeit lediglich die mala fides angegeben, nicht der Mangel der Ernstlichkeit der Absicht, also ein ethischer, nicht ein psychologischer Grund; das Wort irritum aber ist so vieldeutig, dass daraus allein die besondere Beschaffenheit der Unwirksamkeit gar nicht bewiesen werden kann. Das nämliche Wort bezeichnet die civilrechtliche absolute Nichtigkeit (testamentum irritum) und die blose prätorische Anfechtbarkeit [2]).

Ganz entscheidend spricht gegen die Nichtigkeit die Behandlung des erzwungenen contrarius consensus. Darüber äussert sich Paulus [3]) wie folgt:

Si metu coactus sim ab emtione locatione discedere, videndum est an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bona fide obligatione possimus niti, quum finita sit dum amittitur. Et magis est ut similis species acceptilationi sit, et ideo Praetoris actio nascitur.

Uns interessirt an der Stelle zunächst, dass der Jurist den synallagmatischen Charakter des Geschäfts auch hier festhält; er sieht nur die Wahl zwischen der gänzlichen Unwirk-

1) Mommsen macht die Bemerkung, dass vor ac etwas ausgefallen zu sein scheine. — Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 9 A. 16.

2) Vgl. auch L. 10 C. de distrah. pignor. (8, 28) — si neque dolus adversarii neque metus causa gesta arguentur, revocari exemplo grave est. Wie hier Czyhlarz a. a. O. S. 9.; anderer Ansicht Brinz a. a. O. S. 1424. Schlossmann a. a. O. S. 82 beruft sich für die Nichtigkeit auch noch auf L. 5 C. de inut. stipul. (8, 39). Allein die Schlussworte von einem Vertrage zu verstehen, der auch ohne Stipulation gelten würde, dafür besteht keine Nothwendigkeit; das argumentum a contrario ist daher ganz unsicher.

3) L. 21 § 4 D. quod m. c. (4, 2).

samkeit des Zwanges, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, und der zweiseitigen Wirkung des Zwangs nach Analogie der Acceptilation [1]. Paulus entscheidet sich für die zweite Alternative; indem der Vertrag erlischt, der Gezwungene aber die actio quod metus causa anstellt, wird zugleich der gerechte Erfolg erreicht, dass der Zwang nur dem Zwingenden, diesem aber wirklich schadet.

§. 204.

Hat sich uns der psychologische Ausgangspunkt nicht als ausreichend erwiesen, so wenden wir uns nunmehr dem ethischen zu. Der sittliche Mangel des Geschäfts hat irgendwie auch einen rechtlichen Mangel im Gefolge. Diese Grundanschauung von Savigny steht auch jetzt noch im Wesentlichen unerschüttert fest.

Beim Kauf kommt hinzu, dass er bonae fidei ist; es entsteht daher die Frage, ob der Zwang lediglich als Negation derselben und als besondere Erscheinung der mala fides aufzufassen ist, oder ob ihm eine selbständige Bedeutung zukommt.

Im Gegensatz zu Czyhlarz [2] müssen wir an der ersteren Ansicht festhalten.

Ja wir dürfen noch weiter gehen und behaupten, dass eben deshalb auch an den Erfordernissen des Zwanges, wie sie für die actio und exceptio metus bestehen, hier gar nicht ohne Weiteres festgehalten wird.

Diese Ansicht findet ihre Bestätigung durch folgende bekannte Entscheidung von Ulpian (lib. V Opin.)

L. 3 D. de extraord. cognit. (50, 13).

Si medicus, cui curandos suos oculos qui iis laborabat commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet, incivile factum praeses provinciae coërceat remque restitui iubeat.

Dass hier der Thatbestand des Zwangs im Sinne des prätorischen Edikts vorliegt, lässt sich nicht annehmen; auch be-

1) Die Worte quia nulla ex bona fide u. s. w. sind grammatisch nicht leicht zu verstehen; ich möchte vermuthen, dass nach ex das Wort „parte“ ausgefallen ist. Der Sinn scheint mir gleichwohl zweifellos; die zweiseitige Obligation kann nicht einseitig fortbestehen.

2) Oben S. 296.

ruft sich der Jurist nicht sowohl auf den Zwang, als auf die Verletzung der bona fides; dieselbe liegt in der egoistischen Ausbeutung der Hilfsbedürftigkeit, Abhängigkeit, Aengstlichkeit des Patienten. Von einer Singularität ist dabei in keiner Weise die Rede, und daher steht auch der analogen Ausdehnung dieser Entscheidung auf andere Fälle nichts im Wege[1]).

Der Satz, dass der Zwang eine Negation der bona fides ist, findet sich in der schon oben angeführten L. 1 C. de resc. vend. (4, 44) direkt ausgesprochen. Auch im zweiten Theil der vorhin besprochenen L. 116 D. de R. I. kommt diese Auffassung zur Geltung. Den Zwang zu billigen ist contra bonos mores[2]). Hienach ist es nicht ganz unwahrscheinlich, dass der Jurist auch im ersten Theil das Wort consensus gar nicht in einem formellen Sinne versteht, sondern dass ihm dabei der sittlich tadellose und freie, d. h. durch keine unsittliche Einwirkung hervorgerufene Consens wenigstens vorschwebt[3]).

Dieser ethische Standpunkt befreit uns von der Nothwendigkeit, absolute Nichtigkeit anzunehmen. Auch die Unsittlichkeit kann diese Wirkung haben. Aber wo sie in ihrer Wirkung auf den Gegner beschränkt ist, liegt in ihr selbst kein Grund, sie gleichwohl zu einer absolut zerstörenden Potenz zu steigern.

Auf die Frage aber, wie die einseitige Wirkung aufzufassen, ist die Antwort im Wesentlichen keine andere als beim Dolus. Der Kauf entsteht trotz des Zwangs als zweiseitiger Contrakt, der aber für den Gezwungenen anfechtbar ist. Wird von der Anfechtbarkeit Gebrauch gemacht, so fällt damit das Geschäft nach beiden Seiten dahin und insofern hat der Ge-

1) Man wird sich gegen diese Ansicht nicht darauf berufen können, dass in einzelnen Stellen, z. B. L. 3, 4 C. de his quae vi (2, 20), L. 8 C. de rescind. vend. (4, 44), von einer unmittelbaren Leibes- und Lebensbedrohung die Rede ist. Keine dieser Stellen hat die Absicht, die Voraussetzungen des für den Kauf relevanten Zwangs ex professo festzustellen. Andere Stellen sprechen zudem allgemeiner, vgl. z. B. L. 12 C. de his quae (2, 20).

2) Es heisst nicht, dass das erzwungene Geschäft schlechthin contra bonos mores verstosse, was wiederum auf absolute Nichtigkeit führen würde, sondern es heisst nur, die Billigung des Zwanges wäre contra bonos mores.

3) Vgl. Brinz a. a. O. S. 1441.

zwungene die Entscheidung über die Geltung desselben in Händen, und die Klage des Zwingenden hat auch hier den Charakter einer Recognoscirung. Gerade in dieser Zuständigkeit der Klage — wenn auch mit problematischem Erfolg, liegt der Gegensatz zum negotium claudicans, sowie zu jeder Art von relativer, einseitiger u. s. w. Nichtigkeit [1]).

Die Berufung auf den Zwang ist Negation der bona fides und bedarf daher keiner Aufnahme in die Formel; insofern wirkt auch der Zwang beim bonae fidei iudicium ipso iure. Eben daraus aber folgt, dass die Wirkung des Zusammenfallens des Geschäfts auch hier nicht einfach vom Willen des Gezwungenen abhängt; diese Wirkung im Gegensatze zur Entschädigung hängt ausserdem auch davon ab, dass gerade sie zur Befriedigung des Interesses des Gezwungenen nöthig und ausreichend ist.

§. 205.

Wenden wir uns dem vollzogenen Kaufe zu, so ist dabei auszuscheiden:

1) der Zwang beim Vollzuge selbst; das ist unerlaubte Selbsthilfe, von der hier nicht weiter zu sprechen ist;

2) der Fall, wo umgekehrt der freiwillige Vollzug als nachträgliche Genehmigung des erzwungenen Contrakts erscheint [2]).

Es bleibt also der Fall übrig, wo die Einwirkung des Zwangs auch noch beim Vollzuge fortwirkt; und diesem steht gleich der Fall des erzwungenen unmittelbaren Austausches.

1) Dass die Construktion des erzwungenen Geschäfts als negotium claudicans ausgeschlossen ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die entgegengesetzte Ansicht vermischt auch hier hinkendes Geschäft, und relative, schwebende, heilbare Nichtigkeit. So vergleicht z. B. Czyhlarz a. a. O. S. 49 unsern Fall ausdrücklich mit dem des einseitig wissentlichen Kaufs der res furtiva, während er im Uebrigen „einseitige" Nichtigkeit annimmt. — Ob es überhaupt neben der Anfechtbarkeit noch eine irgendwelche relative (oder wie man sie sonst bezeichnen möge) Nichtigkeit in Anwendung auf Schuldverhältnisse gibt, wäre erst noch zu untersuchen. Läugnet doch Papinian die Convalescenz des Schenkungsversprechens unter Ehegatten L. 23 D. de donat. i. v. et ux. (24, 1).

2) L. 4 C. de his quae vi (2, 20).

3) Endlich aber kann die blose Uebergabe der Sache ohne Bezahlung oder Creditirung nicht als Vollzug betrachtet werden, der Verkäufer hat die Contraktsklage, wie nicht minder die dingliche Klage, welcher die exceptio rei venditae et traditae nicht mit Erfolg würde entgegengehalten werden können.

Liegt aber wirklicher Vollzug vor, so begegnet uns nirgends in unzweifelhafter Weise die direkte Eigenthumsklage, sondern es ist die Rede entweder von der actio quod metus causa, oder von einer restituirten dinglichen Klage, die aber nicht länger zulässig ist, als auch die direkte zuständig wäre, so dass dem Besitzer die praescriptio longi temporis zur Seite steht[1]). Gegen den Zwingenden selbst besteht aber auch jetzt noch die Contraktsklage auf Entschädigung, die unter

1) Im Einzelnen ist hier manches streitig, doch bezeichnet a) Ulpian in L. 9 §. 4 D. quod m. c. die actio in rem ausdrücklich als actio rescissoria, und dies bestätigt auch die Argumentation in §. 6; so hätte Ulpian doch nicht schreiben können, wenn er an die direkte Eigenthumsklage gedacht hätte. b) Gordian in L. 3 C. de his quae vi metusve (2, 20) drückt sich ebenfalls so aus, dass jeder Gedanke an die direkte Klage ausgeschlossen ist (placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui Edicti); vgl. L. 4 C. eod. (Nichtssagend für unsere Zwecke L. 5 C. eod. und L. 3 D. de extraord. cogn. 50, 13). Das Verhältniss dieser actio in rem zur actio quod m. c. (vgl. L. 4 §. 6 D. cit.) ist hier gleichgiltig. — Nach ertheilter Restitution erscheint der Gezwungene als bonitarischer Eigenthümer (Ulpian L. 9 §. 6 D. cit.) eine Consequenz hieraus ist die Schlussbestimmung der L. 3 C. cit.; sowie die Aeusserung von Paulus S. I, 7, §. 6. Vgl. über verschiedene Ansichten Schliemann S. 69 fgg.; Schlossmann S. 78, 108; Brinz S. 1423, 1432, 1440; Czyhlarz S. 49. — Zu beachten ist auch, dass L. 3 C. cit. die dingliche Klage von dem Ersatze des Kaufpreises abhängig macht. Es fragt sich, welcher Kaufpreis ist zu ersetzen und an wen? Dass der Gezwungene nur den zu ersetzen braucht, den er selbst erhalten, ist selbstverständlich; dass der Drittkäufer, welcher vielleicht billiger gekauft hat, darauf keinen Anspruch hat, ist doch auch zweifellos. Es kann sich also nur darum handeln, dass der Gezwungene, um Restitution zu erlangen, dem Zwingenden den Preis ersetzt, der Drittkäufer aber seine Eviktionsansprüche gegen seinen Auktor geltend macht. L. 34 §. 4 D. de min. (4, 4).

Umständen auch durch Rückübertragung des Eigenthums geleistet wird [1]).

§. 206.

Es ist noch der Fall zu erwähnen, wenn der Zwang, ohne Wissen und Theilnahme des Contrahenten, zu dessen Gunsten er stattfindet, von einem Dritten geübt ist. Alsdann kann

1) vor Allem der Abschluss des Vertrages selbst nicht als Verletzung der bona fides aufgefasst werden. Folglich tritt hier die exceptio metus in ihr Recht; woraus zugleich folgt, dass hier auch nur die materiellen Voraussetzungen des prätorischen Hilfsmittels massgebend sein können. Gleichwohl ist die Aufnahme derselben in die Formel dann überflüssig, wenn sich der Gegner bei Erhebung der Klage des stattgehabten Zwanges bewusst geworden ist; dann liegt dolus praesens vor.

Für das heutige Recht hat dieser formelle Unterschied keinen Sinn mehr. Materiell aber hat die exceptio metus genau dieselbe Wirkung, wie die exceptio doli; zum Nachtheil des Gegners, der den Vertrag geltend machen will, besteht für den andern Theil die Anfechtung.

2) Ganz dieselben Sätze, wie im vorigen Falle, gelten vom Vollzug.

Uebrigens muss dabei folgender Vorbehalt gemacht werden. Der vom Dritten ohne Wissen der Partei auf den Gegner geübte Zwang wird in der Regel so beschaffen sein, dass der Vertrag gar nicht unmittelbar unter dem Einflusse desselben geschlossen werden kann, während doch — nach der eben gemachten Bemerkung — hier gerade diese unmittelbare Einwirkung die rechtliche Relevanz des Zwangs bedingt. Meistens wird also zur Herstellung des Thatbestandes doch ein Mitwissen und Mitwirken des andern Contrahenten nöthig sein.

Daraus erklärt sich vollkommen, dass Gordian in der L. 5 C. de his quae vi (2, 20) gerade diesen Umstand besonders hervorhebt. Man braucht die betreffenden Worte nicht als blos enunciativ aufzufassen: ebenso wenig aber begründen

2) Dass auch aus dem unmittelbaren Austausch die Contraktsklagen als Entschädigungsklagen entspringen, ist wohl unzweifelhaft. Genauer wird davon in anderem Zusammenhange zu sprechen sein.

sie einen Widerspruch gegen das in den Pandekten auf das unzweideutigste hervorgehobene Princip [1]).

Endlich ist noch von dem durch den Zwang eines Dritten verursachten Kaufgeschäfte wohl der Fall zu unterscheiden, wenn der zu einer andern Leistung Gezwungene, lediglich um sich die erforderlichen Mittel zu verschaffen, den Verkauf von Sachen vornimmt. Solcher Verkauf ist natürlich völlig giltig [2]).

1) Vgl. Vangerow Bd. III S. 282. A. A. Schliemann S. 49. Aber dass in einem Rescript Gordian's ohne Weiteres eine Ansicht sollte vorgetragen sein, die bereits Ulpian L. 14 §. 3 L. quod. m. c. (4, 2) als überwunden bezeichnet, ist doch schwer anzunehmen.

2) Vgl. L. 9 §. 1 D. eod. Vangerow Bd. III S. 282.

Drittes Kapitel.

Die Bestimmung des Kaufobjects, des Kaufpreises und der Nebenleistungen.

§. 207.

Die wesentlichen Elemente des Kaufes sind das Kaufobject und der Kaufpreis (S. 116), daher ist für den Abschluss des Vertrages die irgendwie genügende Bestimmung dieser beiden Gegenstände unerlässlich; so lange es daran fehlt, besteht weder Vertrag noch Vorvertrag (S. 273), sondern die Parteien befinden sich noch im Stadium der Vorverhandlungen, deren Erörterung nicht im Plane dieses Buches liegt.

Vom Kaufobject versteht sich diese Nothwendigkeit genügender Bestimmung so sehr von selbst, dass dieselbe in den Quellen nicht besonders hervorgehoben wird [1]). Um so häufiger und lebhafter betonen dieselben das Erforderniss der genügenden Bestimmtheit des Preises, so dass davon geradezu die Vollendung des Vertrages abhängig gemacht wird [2]).

Die Beschaffenheit des auf diese Bestimmung gerichteten Vertragswillens ist daher genauer zu erörtern. Diese Untersuchung muss zunächst für das Kaufobject und für den Kaufpreis getrennt stattfinden. Daran schliesst sich die Besprechung der verschiedenen Fälle von copulativer Verbindung mehrerer Kaufobjecte. Endlich können neben dem Kaufobject wie neben dem Preise auch noch weitere Leistungen, s. g. Nebenleistungen bedungen sein. Daraus ergibt sich der Inhalt und die Anordnung dieses Kapitels von selbst.

1) Windscheid §. 386 Note 3; L. 8 pr. D. h. t. bezieht sich wohl auf die objective Existenz der Sache.

2) Vgl. z. B. Gai. III, 139; pr., §. 1 I. h. t. (3, 24); L. 2 §. 1; L. 35 §. 5 D. h. t.; L. 2 pr. D. loc. (19, 2); L. 4 C. de periculo (4, 48). Nicht hieher gehören die Stellen, welche den Preis als objectives Element des Geschäfts im Auge haben, z. B. L. 72 pr. D. h. t.

Erster Abschnitt.

Die Bestimmung des Kaufobjects.

§. 208.

Dass die Bestimmung des Kaufobjects schlechthin in die Willkür des einen Contrahenten verstellt werden könne, („ich kaufe dir, was du willst, um 1000 M. ab"; „ich verkaufe dir, was du willst, um 1000 M."), behauptet meines Wissens Niemand [1]). Es besteht daher keine Veranlassung zu einer weiteren Erörterung über diesen Punkt [2]).

Im Uebrigen aber kommen für die genügende Bestimmung zwei ganz verschiedene Erfordernisse in Betracht:

I. das Erforderniss des ausreichenden Willensausdruckes d. h. eines solchen, welcher die Merkmale des Objects so bestimmt und deutlich bezeichnet, dass willkürliche Interpretation ausgeschlossen ist. Dieses Erforderniss des genügenden Ausdrucks ist kein dem Kaufvertrag eigenthümliches; deshalb brauchen wir dasselbe hier auch nicht weiter zu besprechen. Namentlich würde, wie schon hier bemerkt sein möge, eine Erörterung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen gewisse im alltäglichen Leben übliche Quantitätsbezeichnungen, wie z. B. „eine Partie", ein „Rest" oder „circa" u. s. w. als genügender Ausdruck erachtet werden können, uns lediglich zu einer dem Plane dieses Buches völlig fremden Casuistik führen. —

II. Dagegen ist eine ganz andere Frage die, welche Merkmale des Kaufobjects einer Bestimmung durch den Willen der Contrahenten überhaupt bedürfen? Fehlt es im einzelnen

1) Auch Windscheid, der in der Zulassung des nackten Wollens der Parteien wohl unter den Neueren am weitesten geht, behauptet doch im Grunde die Willkür nur für den Kaufpreis, und auch hier mit einer sehr wesentlichen Modification; §. 386 A. 7.

2) Dass die Bestimmung des Kaufobjects schlechthin in die Willkür eines Dritten verstellt werden kann (nicht blos die Wahl unter verschiedenen Objecten), muss theoretisch zugegeben werden. Die Quellen enthalten kein Beispiel. Ob es hier aber nicht doch an der Ernstlichkeit der Absicht fehlt, kann natürlich nur nach Beschaffenheit des einzelnen Falles beurtheilt werden.

Falle hieran, so liegt gar nicht ein Mangel im Ausdruck, sondern ein die kaufrechtliche Sanktion ausschliessender Mangel in der Willensbestimmung selbst vor.

Nun ist es denkbar, dass die Rechtsordnung ein für allemal die Bestimmung der nämlichen Merkmale verlangt. Dies ist im System des Naturalkaufs der Fall; unmittelbar umtauschen lässt sich nur das in seinen individuellen Merkmalen bestimmte Object: der Naturalkauf ist nothwendig Specieskauf.

Innerhalb des Contraktsystems dagegen kann die Rechtsordnung den Contrahenten die Freiheit gewähren, dass das individualisirende Merkmal erst zum Zweck der Erfüllung nachgeholt wird; für die bindende Kraft des Contrakts selbst ist der Mangel unerheblich. Man spricht in diesem Falle von einer Bestimmung des Kaufobjects in genere und unterscheidet danach den Species- und den Genuskauf [1]).

§. 209.

Ein Object ist nach individuellen Merkmalen bestimmt, wann dieselben nach der Absicht des Bestimmenden nur bei einem einzigen unter allen existirenden Objecten zutreffen können [2]). Nicht bedingt ist diese concrete Bestimmung dadurch, dass der Bestimmende von dem Objecte auch eine concrete Vorstellung hat, noch dass er weiss, in welchem Objecte die bestimmenden Merkmale zutreffen [3]).

Diesem Fall steht der andere gleich, wenn die Willensbestimmung alle Objecte, auf welche sich das bestimmende Merkmal bezieht, gleichmässig umfasst; das Bedürfniss, die einzelnen Objecte auch noch weiter von einander zu unterscheiden, ist hier nicht vorhanden. Insbesondere ist es hier gleichgiltig, ob auch über den Umfang, in welchem das bestimmende

1) Vgl. im Allgemeinen Windscheid §. 255; Goldschmidt, Handbuch Bd. II §. 61 fgg. (2. Aufl. S. 10 fgg.)

2) Die Bedeutung des Irrthums in dieser Beziehung wird im anderen Zusammenhang zur Sprache kommen.

3) A. A., wie es scheint, Zitelmann Irrthum S. 500, 511. — Eine besondere, auf ethischen Motiven beruhende Bewandtniss hatte es mit der persona incerta im Erbrecht; dies ist die Person, von welcher der Testator keine individuelle Anschauung und Vorstellung hat, trotz der Möglichkeit genügender individualisirender Bestimmung.

Merkmal zutrifft, Zahl u. s. w. eine bestimmte Vorstellung besteht; die Nothwendigkeit des nachträglichen Zählens, Messens u. s. w. schliesst die specifische Bestimmung des Objects in keiner Weise aus [1]).

Das individualisirende Merkmal selbst kann von sehr verschiedener Beschaffenheit sein; die räumliche Lage, die rechtliche Beziehung, die getroffene Auswahl, Ursprung und Herkunft.

So kann insbesondere auch der Kauf künftiger Sachen ein Specieskauf sein; z. B. die diesjährigen Früchte dieses Baumes, die Sache, welche aus individuell bestimmtem Stoff hergestellt werden wird, die erste Flasche, die aus diesem Fass abgezogen wird, der erste Abdruck dieses Stiches; ebenso auch der Hoffnungskauf, die Fische, welche mit dem nächsten Zug gefangen werden.

Von der Art der Preisbestimmung ist der Specieskauf völlig unabhängig und hat daher auch mit dem dadurch bedingten Gegensatz von emtio perfecta und imperfecta nichts zu thun. Wer ein bestimmtes Fass Wein kauft, hat ein in specie bestimmtes Kaufobject, mag der Preis im Ganzen oder nach dem Gehalte festgesetzt sein [2]).

Auch zu dem Kaufe nach Probe steht der Specieskauf in keinem gegensätzlichen Verhältniss [3]). Das Eigenthümliche jenes Kaufs besteht lediglich darin, dass gewisse Eigenschaften des Kaufobjects durch Bezugnahme auf die Beschaffenheit einer andern Sache bezeichnet werden, im Uebrigen kann dasselbe individuell bestimmt sein; am einleuchtendsten ist dies der Fall, wenn die „Probe" von der Sache selbst genommen ist (Weinprobe in Beziehung auf ein bestimmtes Fass Wein.)

1) Verkauf der Heerde oder eines sonstigen Collektivums L. 35 §. 6 D. h. t. Goldschmidt a. a. O. S. 15. — So ist namentlich ein Grundstück individuell bestimmt, ohne dass die Vorstellung des Flächeninhalts nöthig ist. L. 18 §. 1, L. 40 pr., L. 63 §. 1 D. h. t.

2) L. 35 §. 5, 6 D. h. t.; L. 2 C. de peric. (4, 48). Auch bei Grundstücken kann sich der Preis nach dem erst noch zu ermittelnden Flächeninhalt bestimmen. L. 40 D. h. t.

3) A. A., wie es scheint, Windscheid §. 387 A. 15. Jedenfalls lässt Art. 340 des H.G.B. eine Beschränkung auf „Quantitäten" nicht entnehmen.

§. 210.

Bleiben die Contrahenten bei solchen Merkmalen stehen, welche auf eine Mehrzahl von Objecten zutreffen, die gleichwohl nicht sämmtlich von der Willensbestimmung ergriffen werden [1]), so liegt eine gattungsmässige Festsetzung vor, und da die Leistung immer nur durch ein Individuum erfolgen kann, so ergibt sich hier zwischen der Bestimmung des Objects und der Erfüllbarkeit noch eine Lücke, welche durch ergänzende Thätigkeit auszufüllen ist [2]).

Sobald aber die Parteien darauf verzichten, beim Vertragsschlusse selbst bis zur Bestimmung der individuellen Merkmale vorzuschreiten, so eröffnet sich für die grössere oder geringere Bestimmtheit der Gattungsmerkmale selbst ein weiter Spielraum, und in demselben Verhältnisse ist dann auch die zur Ausfüllung der Lücke erforderliche Thätigkeit der Ergänzung bald beschränkter bald freier, so dass sie schliesslich sogar nahe an Willkür angrenzen kann [3]).

Ohne Weiteres dürfen wir annehmen, dass die Entwicklung im römischen Recht — wenn eine solche überhaupt stattgefunden hat — von dem Punkt ausgeht, wo die generische Bestimmung sich mit der specifischen am nächsten berührt und die ergänzende Thätigkeit folglich auf das geringste Maass beschränkt ist [4]).

I. Diese unmittelbarste Berührung ist offenbar in dem

1) Dahin gehört z. B. auch die Beschränkung auf eine bestimmte Zahl der Produkte. L. 65 D. h. t. — Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 24 A. 29.

2) Diese nachfolgende Thätigkeit kann nicht wieder ein Vertrag sein, sonst würde der bereits vorliegende Vertrag in Frage gestellt. Daher ist die Formel von Thöl (§ 264 S. 279 unten) theoretisch unrichtig, und diese Unrichtigkeit wird durch das in der Anmerkung auf S. 275 Gesagte nicht gehoben. Besteht die Einigung in einem Willensakt und einem Wissensakt, so ist das kein Vertrag; beim Genuskauf ist aber Einigung von Willen und Willen, also gerade Vertrag, nöthig.

3) Was nicht individuell bestimmt ist, ist generisch bestimmt; einen Mittelbegriff gibt es nicht; insofern geht Goldschmidt a. a. O. S. 13 A. 7 zu weit. Aber eine ganz andere Frage ist, ob mit diesem vagen und negativen Begriff des Generellen die Rechtsordnung operiren kann.

4) Bezüglich des Sprachgebrauchs ist noch die Bemerkung zu machen, dass die Ausdrücke emtio perfecta und imperfecta in dem spe-

Fall vorhanden, wenn das Merkmal in der quantitativen Ausscheidung oder Abtrennung von einem individuell bestimmten Object besteht; Kauf einer bestimmten Quantität aus einem bestimmten Volumen Flüssigkeit, oder eines körperlichen Theils von einer theilbaren festen Sache (10 Meter von diesem Ballen Leinwand), oder einer Quantität von festen Sachen, die im Verkehr nur in Quantitäten vorkommen, aus dem bestimmten Vorrath [1]).

Die nachzuholende Individualisirung beruht hier nicht auf Wahl, sondern auf einer physischen Handlung, der Trennung. Insofern ist das Resultat des Nachholens wesentlich das gleiche, wie wenn diese Handlung vorher erfolgt wäre. Andererseits ist aber wohl im Auge zu behalten, dass vor demselben ein individuelles Kaufobject auch nicht einmal hypothetisch existirt. Deshalb hat dieser Fall mit dem der res futura die nächste Verwandtschaft, nur dass zwar nicht hier, wohl aber dort die contraktliche Verpflichtung besteht, die Erfüllbarkeit herbeizuführen.

Also nicht die Sache ist Kaufobject, aus welcher auszuscheiden ist; sonst gelangen wir zum Kauf einer Quote, die erst in ein selbständiges Object umgewandelt werden soll; ein solches Geschäft ist natürlich auch möglich, aber in vielen Beziehungen, die hier gar nicht ausgeführt zu werden brauchen, von dem unsrigen verschieden. Aber auch nicht das ausgeschiedene Object: sonst läge Specieskauf und bis zur Ausscheidung nur etwa ein Vorvertrag vor. Sondern das Kaufobject ist die auszuscheidende Sache, und da dieses Merkmal auf jedes Quantum zutrifft, welches ausgeschieden werden kann, so liegt eben darin der Mangel der Specialisirung [2]).

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, dass der Ver-

cifischen Sinne der mangelnden unmittelbaren Vollziehbarkeit nur vorkommen a) beim bedingten Kauf (L 8 D. de peric.) und b) in dem Fall, wo das Unfertige im Kaufpreis liegt (L. 35 §. 5 D. h. t.). Dass aber die Ausdehnung dieses Sprachgebrauchs auf die übrigen Fälle — eine Zusammenstellung derselben findet sich nirgends in den Quellen — durchaus im Geiste der römischen Juristen ist, bezweifle ich nicht.

1) Das Eigenthümliche dieses Falles gegenüber dem unter II zu besprechenden hat Brinz a. a. O. S. 109 fgg. sehr gut entwickelt; dass daher Goldschmidt a. a. O. S. 17, 19, gleichwohl den entscheidenden Punkt noch immer in die Wahl verlegt, ist kein Fortschritt.

2) Der Vergleich mit dem bedingten Kaufe liegt nahe (vgl. L. 35

trag erlischt, wenn das „Ganze“ vor erfolgter Ausscheidung durch Zufall, ehe ein Contrahent sich in mora befindet, untergeht [1]).

Dass dagegen die Ausscheidung gerade durch menschliche Thätigkeit und durch absichtliche Thätigkeit erfolgt, ist nicht wesentlich; die Individualisirung kann insbesondere auch dadurch erfolgen, dass das „Ganze“ bis auf das Quantum, welches auszuscheiden gewesen wäre, untergeht [2]).

II. Der zweite, mehrfach verschiedene Fall ist der, wenn als das „Ganze“ ein Collektivum von körperlich selbständigen Sachen, die im Verkehr auch als Einzelsachen vorkommen, erscheint [3]). Hier ist jedes der möglichen Kaufobjecte bereits körperlich vorhanden oder ist als gewöhnliche res futura gemeint. Die Ungewissheit besteht vielmehr darin, welche von den mehreren collektivisch verbundenen, sei es gegenwärtigen oder künftigen Sachen durch den Willen des Ausscheidenden als Kaufobject bestimmt (gewählt) werden wird; diese Wahl ist es, die hier nachgeholt wird. Indem die Parteien auf die vorhergehende Individualisirung verzichten und dieselbe als einseitige Ergänzung dem einen Theil überlassen, geben sie damit zu erkennen, dass ihr Interesse am sofortigen Abschluss eines wenn auch noch „unfertigen“ Kaufs grösser ist als ihr Interesse am Abschluss eines Speciesgeschäftes.

Bezeichnet man diesen Fall als „Genuskauf“, so ergibt sich das Bedürfniss der sprachlichen Unterscheidung gegenüber

§. 5 D. h. t., jedoch in anderer Beziehung); allein er ist doch auf der andern Seite leicht irreführend und wird auch durch das „Quasi“ nicht besser. Vgl. Brinz §. 241 A. 10; die Bemerkung auf S. 110 oben, dass die Zumessung eine die Obligation selbst erst vollendende Bedingung sei, ist in jedem Falle unzutreffend. Vgl. auch Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 5 S. 367.

1) L. 35 §. 7 D. h. t.; L. 1 §. 1; L. 5 D. de peric. (18, 6).

2) Will Windscheid mit der etwas gewundenen Bemerkung §. 255 bei Anm. 21 das Gegentheil sagen, so fehlt Quellenbeweis und innere Begründung. Richtig Brinz a. a. O. S. 113 „zwar wo kein Wahlrecht besteht, wie beim beschränkt generellen Quantitätenkauf, ist ohne Weiteres nunmehr das Uebrige zu leisten, wenn alles andere untergegangen ist.“

3) Man beachte den Gegensatz von „Getreide“ in L. 35 §. 5 und von „Heerde“ in §. 6 D. cit.

dem Lieferungsgeschäft. Dieselbe erfolgt wohl durch die Bezeichnung „beschränkt generell“ [1]) oder „übersehbares Genus“ [2]), im Gegensatz zum „reinen Genus“ [3]).

Allein man sollte die Bezeichnung „Genus“ und „generell“ hier ganz aufgeben, da sie nur irreführend ist. Was man in dieser Anwendung Genus nennt, ist doch gar nichts anderes als die sonst wohlbekannte universitas rerum distantium, das Collektivganze, d. h. eine Mehrheit von körperlich selbständigen Sachen, unter welchen der Wille einer bestimmten Person die thatsächliche Beziehung des Zusammengehörens hergestellt hat. Diese Beziehung, eben weil sie eine subjective ist, hat keine objectiven Wirkungen; wohl aber bewirkt sie, dass rechtsgeschäftliche Verfügungen, die das Subject unter collektiver Bezeichnung vornimmt, alle einzelnen Sachen ergreifen, die in dieser Weise zusammengefasst sind. Wie daher dieses Collektivum im Ganzen verkauft werden kann, — in welchen Fällen doch Niemand von einem Genuskauf spricht [4]) — so kann auch eine Sache daraus verkauft werden; vom Genuskauf ist auch hier keine Rede; wir sprechen dagegen von dem Verkauf einer individuell unbestimmten Sache aus einem bestimmten Collektivganzen. Dieses letztere ist zwar keine species im Sinne des objectiven Rechts, aber die Zugehörigkeit dazu gibt das entscheidende Merkmal ab, das nur eben bei mehreren Sachen zutreffen kann [5]).

Die Sachgesammtheit beruht auf durchaus individueller Bestimmung, ganz im Gegensatz zu den Gattungsmerkmalen, für die die Anschauungen des Verkehrs massgebend sind [6]). Die also zusammengefassten Sachen können auch die objectiven Gattungsmerkmale gemein haben; aber die „Sammlung“ (Bibliothek) ist gleichwohl vorübergehend, während jene (Bücher) bleibend sind. Umgekehrt können aber auch inner-

1) Brinz a. a. O. S. 99.

2) Thöl, Handelsrecht §. 263.

3) Den Ausdruck „rein generisch“ gebraucht schon Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 400. — Vgl. auch Dernburg Pr. Privatrecht Bd. II S. 65. Goldschmidt a. a. O. S. 20 A. 22a).

4) Vgl. darüber den dritten Abschnitt.

5) Auch hier ist Irrthum möglich, insoferne das vermeintliche Collektivum blos aus einer Sache besteht.

6) Goldschmidt a. a. O. S. 11 fgg.

halb der Sachgesammtheit die Gattungsmerkmale zurücktreten und verblassen; es kann Jemand zu einem vorübergehenden Zweck (einheitlichen Verkauf)[1]) ganz verschiedenartige Sachen zusammenfassen und einer einheitlichen rechtsgeschäftlichen Behandlung unterwerfen.

Damit ist auch der entscheidende Punkt für die Abgränzung selbst gegeben. Mit dem Prädikat der „Uebersehbarkeit" scheint mir nicht viel gedient zu sein. Denn „übersehbar" kann auch das reine Genus sein[2]). Sondern das Entscheidende ist die Zusammenhaltung der mehreren Sachen durch einen individuellen Willen, dergestalt, dass das Collektivum auch Gegenstand eines einheitlichen Rechtsgeschäfts oder dass jedes Stück desselben Object eines gleichartigen Rechtsgeschäfts des nämlichen Subjects sein kann. Wer in der Lage ist, die Heerde zu verkaufen, verkauft auch ein Stück von derselben, und umgekehrt, ein Thier als „Stück" der Heerde kann nur verkaufen, wer auch die Heerde oder alle Thiere derselben verkaufen könnte. Für den Verleger ist die noch nicht ausgegebene Auflage eine Sachgesammtheit, die er im Ganzen oder stückweise verkauft; die verkauften Exemplare behalten ihr Gattungsmerkmal, sie scheiden aber aus dem Collektivum des Verlegers aus; er könnte jedes derselben nur verkaufen, indem er es sich selbst zuvor wieder verschafft.

Die Stücke eines solchen Collektivum können, wie schon bemerkt, gemeint sein als gegenwärtig vorhandene („vom Lager"), oder auch als zukünftig hereintretende (künftige Produkte der Fabrik). Ob die eine oder die andere Meinung besteht, ist Frage der Interpretation; ebenso wie es lediglich Auslegungsfrage ist, ob der Verkauf aus dem Collektivum oder aus dem Genus (Lieferungsgeschäft) gemeint ist[3]).

§. 211.

Der Kauf des nicht individualisirten Stücks einer Sach-

1) Näheres im dritten Abschnitt.

2) Wie viele Exemplare eines Buches existiren, ist wenigstens unmittelbar nach dem Erscheinen übersehbar und bleibt, von der Möglichkeit des Nachdrucks abgesehen, nach der Gränze des Maximum hin ferner übersehbar, man kennt die Höhe der Auflage. Auch sonst sind ja statistische Erhebungen möglich. Bekker a. a. O. S. 367.

3) Vgl. Dernburg a. a. O.

gesammtheit ist in den Quellen nicht ausdrücklich geregelt; wohl aber enthalten dieselben einige Vorschriften über den Kauf mit alternativem Gegenstand [1]. Gerade das Verhältniss dieser beiden Bestimmungsarten ist hier von Interesse. Man hat die Verschiedenheit einerseits ganz geläugnet [2], andererseits übertrieben. Die Wahrheit wird wohl in der Mitte liegen.

Je mehr die zur Sachgesammtheit zusammengefassten Sachen auch zu einer gemeinsamen Gattung gehören [3], desto mehr wird durchschnittlich auch innerhalb jener subjectiven Verbindung, also für die Vorstellung des Verbindenden selbst und des mit ihm Contrahirenden, das individuelle Merkmal zurück und das blosse Gattungsmerkmal hervortreten; die einzelnen Stücke erscheinen auch vom subjectiven Standpunkt aus als blose Exemplare. Umgekehrt behalten dagegen die individuellen Merkmale auch für den Zusammenfassenden und die mit ihm contrahirenden Personen um so mehr ihre individuelle Bedeutung, je flüchtiger, vorübergehender, zufälliger die Zusammenfassung selbst ist, und am schärfsten wird die Vorstellung des Individuellen dann hervortreten, wenn die Zusammenfassung, sei es als copulative oder als disjunktive, gerade nur für den Zweck eines einzelnen Geschäftes erfolgt.

Dieser Unterschied ist ein durchaus fliessender, und Niemand ist im Stande, eine feste Gränzlinie zwischen der alternativen und der s. g. beschränkt generellen Obligation zu ziehen. Auch ist die ausscheidende Thätigkeit in beiden Fällen formell die nämliche: Wahl; das Ausscheiden eines Individuums aus einer Zahl ganz gleichartiger Exemplare ist auch nichts anderes als Wahl, freie Richtung des Willens auf dieses Object, der sich ebenso gut auch auf jenes hätte richten können. Aber materiell ist die Wahl verschieden und hat daher auch für den Wählenden selbst einen ganz verschiedenen Werth, je nachdem sie auf abwägenden Motiven beruht oder nicht. Im letzteren Fall ist sie ihrem Inhalte nach vom Abtrennen und Abmessen nicht wesentlich verschieden; im ersteren Falle ist sie das Er-

1) L. 25 pr., L. 34 §. 6 D. h. t.; vgl. L 60 D. eod.

2) Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 289 fgg.

3) In welchem Fall das Collektivum wohl auch den nämlichen Namen führt wie das Genus. Darin gerade liegt eine Quelle von Verwirrung.

gebniss der gegenseitigen Abwägung individueller Merkmale, so dass sie zu sehr verschiedenen Resultaten führen kann.

In dieser materiellen Bedeutung der Wahl besteht der ganze Unterschied. Im letzteren Fall hat der Wahlberechtigte ein Interesse, dass ihm die Freiheit derselben erhalten bleibt, im ersteren nicht; dort hat er daher gegen den Contrahenten, der ihm in vertragswidriger Weise die Wahl beeinträchtigt, Entschädigungsansprüche, im zweiten nicht. Aber dabei ist die Voraussetzung, dass dieses Interesse auch dem Gegner erkennbar war, und insofern ist — abgesehen von besonderer Verabredung — der Gegensatz zwischen den Sachen, die man gewöhnlich zu Collektiven zusammenfasst, und denen, bei welchen dies nur zufällig und willkürlich geschehen ist, für die Auslegung von grossem Interesse [1]).

Man pflegt wohl auch noch weitere Verschiedenheiten aufzustellen [2]). Allein

A. bei keinem Geschäfte weniger als beim römischen Kaufe ist der Gegensatz zwischen dem, was in obligatione und dem, was in solutione ist, irgendwie durchführbar. Es kann sich vielmehr immer nur um die Frage handeln, was ist Kaufobject? Offenbar nicht das Collektivum als solches, so wenig wie die ganze Sache im Falle der Abtrennung; ebenso wenig das ausgesonderte Stück als solches. Kaufobject ist die Sache, in welcher das Merkmal der Individualisirung sich verwirklichen wird.

Dieselbe ist wahres und wirkliches Kaufobject, nicht blos Zahlungsmittel; an ihr treten alle Funktionen des Kaufobjects hervor, die Haftungen für Eviktion und Mängel, Perikulum u. s. w. Ganz genau ebenso verhält es sich aber

1) Die Frage, ob „alternativ“, ob „generisch“ kann also auch niemals für die Giltigkeit des Geschäfts von wesentlichem Einflusse sein. Wer die ihm vortheilhaftere Interpretation behauptet, hat dieselbe als thatsächlich begründet nachzuweisen. Im Uebrigen ist die Casuistik, die sich in Folge des Einwirkens von dolus, culpa und casus beim alternativen Geschäft ergeben kann, an dieser Stelle nicht weiter zu erörtern. Vgl. Vangerow, Pand. Bd. III §. 569 Anm. 1. Brinz a. a. O. S. 113.

2) Auf die Frage über das Verhältniss der beiden Formeln utrum volam und utrum voluerim beim alternativen Geschäft gehe ich gar nicht ein. Nach römischem Recht sind beide Formeln möglich; eine ausdrückliche Formulirung ist beim Kauf nicht nöthig (L. 25 pr., L. 34 §. 6 D. h. t.); also kann gerade hierin kein specifischer Unterschied liegen.

beim alternativen Kauf; Gegenstand ist auch hier jede Sache unter der Bedingung, dass sie gewählt wird; das alternative Object ist nicht anders in obligatione und in solutione als das Stück der Sachgesammtheit [1]); auf den Ausdruck kann es doch nicht ankommen! Dann kann aber auch die Wahl nicht das einemal rückwirkende Kraft haben, das anderemal nicht; und es muss daher in beiden Fällen genügen, wenn die Sache im Augenblick der Wahl oder Ausscheidung mögliches Object dieses Kaufes sein kann. Den Satz also, dass zwar die ursprünglich (d. h. zur Zeit des Contraktschlusses) eigene Sache des Käufers beim „Genus-," nicht aber beim alternativen Kauf giltig ausgeschieden werden kann, wenn sie inzwischen fremd geworden ist, muss ich verwerfen. Wie sollte auch dieser Unterschied praktisch durchgeführt werden!

Eine Bestätigung für diese Ansicht finde ich auch darin, dass beim alternativen Kauf die Gefahr des einen Objects erst in Folge des casuellen Untergangs des andern auf den Käufer übergeht, ohne Rücksicht darauf, wem die Wahl zusteht. Hätte diese hier irgend eine andere Wirkung als die mit der Erfüllung der Bedingung verbundene, so müsste der Käufer die Gefahr beider Sachen von Anfang an tragen, und der wahlberechtigte Verkäufer könnte, auch wenn die eine Sache übrig bleibt, den Kaufpreis ohne Gegenleistung verlangen [2]).

B. Wie eben gesagt, geht beim alternativen Kauf die Ge-

1) Vgl. §. 34 §. 6 D. h. t. — si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emtum haberet, non et illud an emtum haberet.

2) L. 34 §. 6 D. h. t. Die letzterwähnte Wirkung tritt erst dann ein, wenn beide Sachen gleichzeitig durch Zufall untergehen; hier fällt die Entscheidung zum Nachtheil des Käufers, weil ihm die Initiative oblag. (Kapitel 4.) — Die Vorschriften bezüglich der Stipulation L. 72 §. 4 D. de solut. (46, 3), L. 128 D. de V. O, (45, 1) können für den Kauf unmöglich massgebend sein. Dort liegt der formelle Unterschied vor, dass bald mehrere Sachen in der Stipulation genannt sind, ohne dass diese selbst dem Wortlaut nach bedingt ist, oder nur ein Collektivum. Uebrigens ergibt sich aus L. 66 §. 3 D. de leg. II (31), dass Papinian nicht nur für das Legat, wo diese Ansicht dem Legatar günstiger sein kann, sondern auch für die Stipulation die „generelle" Obligation (sicherlich ist an ein Collektivum zu denken, vgl. auch §. 1 und 2) der alternativen gleichstellt, dagegen L. 67 D. de solut. (46, 3); um so weniger sind wir gehindert, die Entscheidung für das bonae fidei negotium aus inneren Gründen zu suchen.

fahr des übrig bleibenden Objects sofort in Folge des zufälligen Untergangs des andern (beziehungsweise des vorletzten) auf den Käufer über; gehen gleichzeitig alle unter, so muss der Käufer den Kaufpreis bezahlen.

Für den Kauf aus dem Collektivum haben wir eine sichere Entscheidung gar nicht; denn die schon oben erwähnte Vorschrift bezüglich der Zumessung lässt keineswegs ohne Weiteres eine analoge Ausdehnung zu, die L. 14 §. 1 D. de periculo (18, 6) [1]) spricht überhaupt nicht vom Casus, sondern von der Haftung für Custodia, und die Schlussworte der L. 1 §. 1 D. eod. können ebenso wohl auf Specieskauf bezogen werden, sind also kein sicheres Argument nach der entgegengesetzten Richtung.

Jedenfalls sind wir hienach nicht gehindert, auch in diesem Fall dieselbe Behandlung eintreten zu lassen, wie beim alternativen Kauf; die Gefahr des gleichzeitigen Untergangs aller Objecte trägt der Käufer [2]).

§. 212.

Die ergänzende Thätigkeit, durch welche in den bisher besprochenen Fällen die Erfüllung vorbereitet wird, ist bald nothwendig eine solche des Verkäufers —, die Ausmessung und Abtrennung kann nur Der vornehmen oder vornehmen lassen [3]), der das „Ganze" besitzt; — bald hängt es von bloser Vereinbarung oder von der subsidiären Bestimmung des Gesetzes ab, wem sie zusteht und beziehungsweise obliegt. Das Recht trifft diese ergänzende Bestimmung beim alternativen Kauf zu Gunsten des Verkäufers [4]); die Analogie bezüglich

1) Es ist an den Fall zu denken, dass Baumaterial käuflich übernommen wird ohne Veränderung der räumlichen Lage.

2) Die herrschende Ansicht ist noch für die gegentheilige Entscheidung, ohne Anhaltspunkte für die praktische Durchführung anzugeben. Windscheid § 255, A. 21; § 390 A. 9, wo die Analogie des alternativen Kaufs gar nicht in Betracht gezogen ist, Brinz § 243 A. 25 (wenn ich recht verstehe). Goldschmidt a. a. O. S. 19 A 21. Mommsen Beiträge Bd. I S. 340 fgg. Vangerow Bd. III §. 635 (S. 432). Bekker a. a. O. S. 373. Im Wesentlichen wie hier Pescatore die s. g. alternative Obligation S. 129 fgg. Das s. g. periculum deteriorationis kann hier bei Seite gelassen werden.

3) Letzteres natürlich auch durch den Käufer.

4) L. 25 pr.; L. 60 D. h t.

des Kaufes aus dem Collektivum ist noch von Niemand abgelehnt worden.

Der Verkäufer kann aber auch noch zu viel weitergehender präparatorischer Thätigkeit verpflichtet sein, namentlich zur Produktion der Sache[1]). So würde denn auch von diesem Standpunkt aus dem Geschäfte nichts im Wege stehen, welches man als Genuskauf im besonderen Sinne zu bezeichnen pflegt und für welches hier zur Vermeidung von Unklarheiten und störenden Umschreibungen ein für allemal der Ausdruck „Lieferungsgeschäft" gebraucht werden soll. Die vorbereitende Thätigkeit hat hier weder den Charakter der Ausscheidung noch den der Wahl aus einem gegebenen Ganzen oder Collektivum, sondern den der Anschaffung irgend einer mit den Gattungsmerkmalen versehenen Sache zum Zwecke der Erfüllung[2]).

Die Frage kann also nur die sein[3]), ob auch die specifischen Wirkungen des römischen Kaufs ohne Weiteres auf das Lieferungsgeschäft übertragen werden können. Diese Frage aber ist zu verneinen[4]).

1) Oben S. 98, 164, 169.

2) Thatsächlich kann auch hier blose Ausscheidung oder Wahl stattfinden, wenn der Verpflichtete selbst Sachen der bestimmten Art vorräthig hat; aber für das Rechtsverhältniss selbst ist nach der Absicht der Parteien gerade dieser Umstand zufällig.

3) Das Preussische Landrecht unterscheidet das Lieferungsgeschäft gerade wegen der besondern Thätigkeit des Verpflichteten vom Kauf. Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht Bd. II S. 408.

4) Die Ansicht, welche zwischen dem reinen Genuskauf und den in den vorigen Paragraphen besprochenen Fällen einen principiellen Unterschied nicht anerkennt, ist wohl auch jetzt noch als die herrschende zu betrachten. Vgl. vor Allem Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 405 fgg.; Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 5 S. 353; Windscheid §. 255, namentlich A. 17; Thöl §. 251 Anm. *); Wächter Pand. I, 285; II, 277. Hanausek, die Haftung des Verkäufers Bd. I S. 97 fg. Allein es mehren sich in neuer und neuester Zeit die Stimmen, welche den grundsätzlichen Gegensatz zwischen beiden Gebieten betonen und zugleich mehr oder weniger entschieden anerkennen, dass das Lieferungsgeschäft jedenfalls in den Quellen des römischen Rechts nicht als Kauf vorkommt. Keller Pandekten §. 329 gegen das Ende; dann Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 1, S. 109; Bd. 19, S. 105 fgg. und im Handbuch Bd. II S. 19; namentlich A. 21, Regelsberger im Archiv f. die c. Pr. Bd. 49 S. 201 fgg. Am schärfsten und

I. Der Grundgedanke des römischen Rechts bezüglich des rechtlichen Erfolgs der Erfüllung ist der, dass der Verkäufer zunächst so leistet, wie er vermöge seiner Beziehung zur Sache leisten kann, und dass die mögliche Differenz zwischen dem Erfolge und der berechtigten Erwartung des Käufers durch Garantie und Entschädigung ausgefüllt wird[1]).

Dieser Gedanke hat offenbar den Specieskauf zur Voraussetzung; er bleibt auch noch vollkommen durchführbar, wenn das Erfüllungsobject der auszuscheidende Theil eines Ganzen oder das zu wählende Stück eines Collektivum ist. Die nämliche Wirkung würde hier auch dann eintreten, wenn die Ausscheidung oder Wahl dem Contrakte vorhergegangen wäre.

Beim Lieferungsgeschäft dagegen ist die gelieferte Sache gar nicht Kaufobject, sondern Mittel der Erfüllung, welches der Verpflichtete aus allen existirenden Exemplaren herausgreift [2]). Daher wäre gar nicht einzusehen, warum der Gläubiger mit dem unvollkommenen Erfolg sollte zufrieden sein müssen, während doch der Gegner ebenso gut den vollkommenen herbeiführen kann. Dass es lediglich von der Art, wie dieser seine vorbereitende Thätigkeit vollzieht, abhängen soll, ob jener sofortiger Eigenthümer oder ob er nur Besitzer mit Garantieansprüchen oder endlich Besitzer mit sofortigen Entschädigungsansprüchen wird, ist ein wenig einleuchtendes und befriedigendes Resultat. Vielmehr ist die nothwendige Consequenz, dass die Leistung, mit welcher nicht der volle rechtliche Erfolg verbunden ist[3]), überhaupt keine Erfüllung ist: oder anders ausgedrückt, die Erfüllung ist wesentlich Eigenthumsübertragung. Das Eviktionssystem, in welchem eine hauptächliche Eigenthümlichkeit des römischen Kaufes besteht, hat für das Lieferungsgeschäft keinen Sinn[4]).

gründlichsten hat neuestens Brinz (Pand. II §. 242 und §. 337^{b}, S. 730) den Unterschied durchgeführt. Dazu noch Dernburg Pr. P.R. Bd. II S. 65. —

1) Oben S. 60 fgg.

2) Denn die Formel ist nicht: „Ich verkaufe dir die Sache, welche ich zu diesem Zweck anschaffen werde."

3) Der natürlich auch noch nachträglich durch Hinzutreten eines unentgeltlichen originären Erwerbsgrundes eingetreten sein kann.

4) Umgekehrt kommen daher diejenigen, welche die Eviktion mehr oder minder vom Standpunkte des Lieferungsgeschäfts aus construiren, zu

II. Aber auch die Behandlung der Mängel der Sache, sowohl nach Civilrecht als nach dem Edikt der Aedilen, setzt ein individuell bestimmtes Kaufobject oder ein solches, dessen Individualisirung erst nachgeholt ist, voraus; trotz der vertragswidrigen Beschaffenheit ist diese Sache Kaufobject, so dass immer nur von Entschädigung in dieser oder jener Gestalt die Rede sein kann.

Hat dagegen der Verkäufer das Erfüllungsobject erst anzuschaffen, so ist die Sache, welche die gesetzlichen und die bedungenen Merkmale nicht an sich trägt, eben zur Erfüllung nicht geeignet. Behält sie der Empfänger gleichwohl freiwillig, wie wenn er sie als Species gekauft hätte, so mögen nunmehr die ädilitischen Klagen u. s. w. zuständig sein; aber man sollte doch nicht verkennen, dass die Grundlage dieser Zuständigkeit nicht der Kauf, sondern das in jener freiwilligen Annahme dessen, was beliebig hätte zurückgewiesen werden können, liegende Erfüllungssurrogat ist. Die direkte Anwendbarkeit der kaufrechtlichen, insbesondere der ädilitischen Bestimmungen auf die mangelhafte Erfüllung des Lieferungsgeschäfts muss in Abrede gestellt werden [1]).

Resultaten, die für dieses ganz richtig, aber eben dem römischen Recht nicht entsprechend sind; vgl. vorläufig Bd. I S. 141. Brinz, Pand. Bd. II S. 335 Anm. 4.

1) Ganz ferne zu halten ist dabei die Frage, ob beim Lieferungsgeschäft fehlerfreie Erfüllung stillschweigend bedungen ist. Auch die ausdrückliche Zusage der Fehlerfreiheit hat hier nothwendig eine ganz andere Bedeutung als in Beziehung auf eine Species (L. 31 D. de evict. 21, 2; Bd. I S. 663). Gegen die Ausführungen von Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 19 S. 68 fgg. ist hier kurz zu bemerken, dass eine Leistung, die der Gläubiger beliebig zurückweisen kann (S. 114) keine Erfüllung, sondern bei freiwilliger Annahme bloses Erfüllungssurrogat ist; gerade in der Gleichstellung der gehörigen Erfüllung mit der ungehörigen, aber vom Gläubiger freiwillig angenommenen, liegt, wie mir scheint, der Fehler der G.'schen Deduktion. Auch ist der Satz, dass jeder Genuskauf sich durch gehörige Erfüllung in einen Specieskauf auflöse, falsch. Der Genuskauf kann nicht anders behandelt werden, als jede andere Genusobligation; immer aber ist das genus in obligatione und das Erfüllungsobject nur in solutione Der Unterschied zwischen dem Fall, wo die gehörig angebotene Sache Erfüllungsobject, und dem andern, wo sie Object eines an die Stelle der Erfüllung tretenden Vertrags ist — sei dieser nun datio in solutum oder was immer,

III. Die Lehre vom Perikulum im römischen Recht beruht, wie oben (S. 101 fgg.) auszuführen versucht wurde, auf dem Gedanken, dass dem Käufer die Initiative bezüglich der Empfangnahme obliegt; vom Verkäufer verlangen wir lediglich die Erfüllungsbereitschaft.

In den Fällen der Ausscheidung und Auswahl bleibt diese Initiative durchaus gewahrt; die vorbereitende Thätigkeit erfolgt an einem bestimmten Object und die Lage des Käufers ist, wenn dieselbe stattgefunden hat, beziehungsweise stattfindet, im Wesentlichen keine andere als wenn sie vor dem Abschluss des Vertrags stattgefunden hätte [1]).

Dagegen ist die „Anschaffung" ein Vorgang, der erst dadurch zur rechtlichen Relevanz für das Lieferungsgeschäft gelangt, dass der Liefernde gerade dieses Object als Erfüllung anbietet. Anschaffen kann er auch für sich oder für andere, und mit dem blosen Anschaffen ist daher noch keine Grundlage für die Initiative des Empfängers gegeben; das allenfallsige Nachfragen des letzteren hat daher hier — als Interpellation — einen ganz andern Charakter.

Die Schwierigkeit, welche die Lehre vom Perikulum mehr scheinbar als wirklich darbietet, ist zum guten Theil gerade durch die Hereinziehung des Lieferungsgeschäfts hervorgerufen. Für dieses eignet sich keine andere Theorie als die, welche kurzweg als „Uebermittlungstheorie" [2]) bezeichnet sein möge. Hinwiederum findet dieselbe in den Quellen keine Unterstützung. Scheidet man aber jenes Geschäft ganz aus, so erweist sich die Theorie des römischen Rechts als durchaus zutreffend und ausreichend [3]).

kann durch jene Ausführungen in keiner Weise verwischt werden. Erschöpfend kann die Frage hier nicht besprochen werden. Ueber die hier vertretene Ansicht vgl. Thöl §. 275; Brinz Pand. Bd. II S. 730; Windscheid §. 394 Z. 5. Weitere Angaben bei Goldschmidt Bd. II S. 42 A. 32. Dazu Hanausek a. a. O. S. 113 fg. Auch Dernburg, Pr. P.R. Bd. II §. 145 legt auf das Annehmen von Seiten des Gläubigers Gewicht.

1) In ganz ähnlicher Weise verhält es sich beim bedingten Kauf.

2) Dieser Ausdruck passt sowohl auf das Schicken als auf das Bringen als auf die Aufforderung zum Holen.

3) Gerade in dieser Lehre ist die principielle Zusammenfassung von Genus, Collektivum und Quantität ganz allgemein und zwar bei

Obschon also das Lieferungsgeschäft mit dem Kauf gerade die Elemente, Waare und Preis und die auf den definitiven Erwerb gerichtete Absicht gemein hat, so ist es gleichwohl keine Art des Kaufs, sondern ein selbständiges Geschäft.

Dieses Resultat wird durch die Quellen insoferne bestätigt, als dieselben bekanntlich kein einziges Beispiel eines rein generischen Kaufes enthalten [1]. Dies ist um so auffallender, als gerade diese Art der Bestimmung, wie sich eben gezeigt hat, zu einer ganzen Reihe von Fragen führt, die doch auch in der römischen Praxis hätten vorkommen müssen; ist doch das Genusgeschäft in anderer Anwendung (Stipulation, Legat) oft und nach vielen Seiten erörtert.

Nun ist aber wohl zu erwägen, dass das Lieferungsgeschäft, wenn es nicht Kauf ist, auch sonst kein Unterkommen innerhalb des römischen Contraktsystems findet; denn die Behandlung als unbenannter Realcontrakt wäre nur möglich auf der Grundlage der Pränumeration; das mandatum ad emendum aber, das in den Quellen gelegentlich erwähnt wird, schliesst jedes Aequivalent des Beauftragten, auch in Gestalt eines Preiszuschlags, aus und kann daher auch nur einem gelegentlichen Bedürfnisse entsprechen [2]. Daraus aber dürfen

den Vertretern der verschiedenen Ansichten. Richtig Keller Pand. §. 329 und Brinz a. a. O. S. 107. Vgl. die Uebersicht bei Regelsberger in der kr. Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 109—116, der selbst einer principiellen Unterscheidung nahe steht, aber ebenso wenig ganz dazu gelangt ist wie Stintzing in Ihering's Jahrb. Bd. 10 S. 200 fgg.

1) Bekker (a. a. O. Bd. 5 S. 359) beruft sich lediglich auf L. 20 D. h. t.; dass diese Stelle ganz unsicher ist, wurde schon oben (S. 165) bemerkt. Andere (z. B. Regelsberger a. a. O. S. 114) berufen sich auf L. 14 §. 1 D. de peric. (18, 6). Allein daraus, dass der Jurist den Verkäufer der Haftung für furtum von einem gewissen Zeitpunkt an entledigt, folgt doch nicht, dass er ihm dieselbe vorher unbedingt überbürdet; wie sich also bei Annahme von Specieskauf ein Widerspruch mit den Grundsätzen von der Haftung für Diebstahl ergeben soll, ist nicht einzusehen. Vgl. Hofmann die Lehre vom Perikulum S. 161—165. Auch Vat frag. §. 16 ergibt keinen Beweis; die Stelle kann sehr wohl vom Gegensatz des Specieskaufs (gesammtes Weinlager) und des Kaufs eines erst auszuscheidenden Quantums verstanden werden. Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 19 S. 105 A. 6; und Handbuch Bd. II S. 20 A. 21 (zweite Aufl.).

2) Die noch immer umgehenden gegenseitigen Stipulationen (Gold-

wir wohl den Schluss ziehen, dass das Lieferungsgeschäft auch dem römischen Verkehr unbekannt war (S. 16). Die Art von Zwischenhandel, die mittelst des Lieferungsgeschäfts operirt, trat offenbar zurück hinter dem Zwischenhandel, der vom eigenen Vorrath und Lager verkauft [1]).

Für das heutige gemeine Recht gehört die Lieferung selbstverständlich zu den rechtlich wirksamen Schuldgründen. Aber auch für das heutige Recht ist der Lieferungsvertrag vom Kaufe verschieden und bleibt daher wie bisher so auch ferner von unserer Darstellung, sofern nicht die Herbeiziehung zum Vergleich geboten ist, ausgeschlossen [2]).

Das Handelsrecht lässt im Allgemeinen die Frage nach dem Verhältniss beider Geschäfte offen [3]). Auch der Art. 338 beschränkt sich auf die Vorschrift, dass nach den Bestimmungen über den Kauf auch ein Handelsgeschäft zu beurtheilen ist, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht. Diese ganz positive Vorschrift lässt die Frage nach dem inneren Verhältnisse beider Geschäfte unberührt;

schmidt Handbuch a. a. O. A. 21a) hat auch in dieser Anwendung noch Niemand aus den Quellen nachzuweisen vermocht.

1) Vgl. Endemann Studien Bd. II S. 81.

2) Mit der Bemerkung, das heutige Recht erkenne den Lieferungsvertrag ohne Zweifel als Kauf an, ist wenig gedient. Anerkannt ist der Lieferungsvertrag als giltiges Geschäft; sein Verhältniss zum Kauf ist nur eine theoretische Frage, die durch irgend welche „Anerkennung" nicht gelöst werden kann. Gerade in der Theorie aber ist, wie die vorstehende Skizze beweist, das Verhältniss sehr unsicher. Dass diese Unsicherheit durch den gemeinschaftlichen Namen „Kauf" einigermassen verdeckt und so der Schein erweckt wird, als handle es sich um Controversen innerhalb des nämlichen Geschäftes, ist weder für die Theorie vom Kauf noch für die vom Lieferungsgeschäft sehr förderlich. Wie wenig aber der gemeinschaftliche Name eine Gewähr für die innere Einheit der dadurch bezeichneten Verhältnisse gibt, beweist doch ohne Weiteres die locatio conductio.

3) Art. 271 Abs. 2. Vgl. übrigens Art. 342 Abs. 2. „Wird jedoch eine bestimmte Sache verkauft." Der Gegensatz, an den der Gesetzgeber denkt, ist hier wohl nicht der Kauf aus dem determinirten Genus, bezüglich dessen auch keine Abweichung besteht, sondern das Lieferungsgeschäft.

die praktische Tragweite derselben ist hier nicht weiter zu erörtern [1]).

§. 213.

Jetzt erst kann auch die oben S. 165 noch offen gelassene Frage beantwortet werden, ob die Bestellung einer erst anzufertigenden Sache unter allen Umständen, oder ob sie nur dann Kauf ist, wenn das zu verwendende Material in specie, beziehungsweise als auszuscheidender Theil eines determinirten Genus bestimmt ist.

Auch für diese Frage ist, wie schon bemerkt, der Umstand, dass zum Zweck der Erfüllung eine Thätigkeit des Verpflichteten nothwendig ist, und zwar sogar eine solche, in der möglicher Weise der Schwerpunkt der Leistung liegt, nicht entscheidend; wohl aber folgende Erwägung. Der Kauf einer aus individuell bestimmtem Stoff herzustellenden Sache ist selbst Specieskauf; bei genereller Bestimmung des Stoffs ist auch das Produkt generell bestimmt, trotzdem von demselben auf Grund eines Planes, einer Zeichnung, eines Musters eine sehr genaue Vorstellung bestehen kann.

Sind daher die Resultate des vorigen Paragraphen richtig, so müssen wir allerdings im Sinne des römischen Rechts den Begriff des Kaufs auf die Voraussetzung des individualisirten Materials beschränken; ein Resultat, das zwar, wie schon bemerkt, durch die einschlägigen Stellen nicht direkt gefordert, aber auch in keiner Weise ausgeschlossen wird.

Daher ist die Bestellung einer Arbeit aus nicht determinirtem Stoff als Lieferungsgeschäft zu behandeln, woraus sich in Beziehung auf den mangelnden Rechtserfolg, auf mangelhafte Beschaffenheit, sei es des Stoffes, sei es der Arbeit, endlich in Beziehung auf das Perikulum die oben angeführten Consequenzen ergeben [2]).

Was dagegen die Arbeit an bestimmtem Stoffe anlangt, so kann derselbe

1) individuell determinirt sein. Die Auffassung des Geschäfts als eines einheitlichen äussert hier ihre praktische

1) Vgl. Entscheidungen des R.O.H.G Bd. 19 S. 262.

2) Die Bestellung kann sich begreiflicher Weise auch auf eine einzelne Sache (eine Maschine) oder eine Quantität nicht vertretbarer Sachen beziehen.

Wirkung vorzugsweise in Beziehung auf das Perikulum. Läge Combination von Kauf und Miethe vor, so ginge die Gefahr des Stoffes sofort auf den Käufer über und der Arbeitende würde nur nach Massgabe des Miethsvertrags für omnis culpa haften. In Wirklichkeit aber tritt der Zeitpunkt der emtio perfecta erst mit Vollendung der Arbeit ein [1]).

2) Liegt eine generische Bestimmung vor (Stoff aus dem Vorrath des Arbeitenden), so tritt die ganz entsprechende Wirkung ein; die Gefahr geht nicht schon mit der Ausscheidung über; bei zufälligem Untergang muss daher der Verkäufer immer wieder von neuem zu arbeiten anfangen, bis der Vorrath selbst erschöpft ist.

Zweiter Abschnitt.

Die Preisbestimmung.

§. 214.

Die römische Lehre vom pretium certum [2]) steht unter dem Einflusse zweier Sätze, deren Erkenntniss die Vorbedingung für den richtigen Einblick in jene Lehre selbst ist.

I. Vor Allem gibt es nach römischer Anschauung keinen rechtlich bestimmten Normalpreis, der in Ermangelung ausdrücklicher genügender Festsetzung subsidiär zur Geltung gelangen könnte. Der Preis wird in jedem einzelnen Falle geschaffen durch den vertragsmässig geeinigten Willen der Parteien; die Preisbestimmung ist ein ebenso wesentliches Element des Vertrages wie die Bestimmung des Kaufobjects. Insbesondere ist dem römischen Recht der Gedanke, dass der Werth der Sache, das pretium in diesem Sinne oder das verum und iustum pretium, eventuell auch der Kaufpreis sei, völlig unbekannt geblieben; wie denn auch erst in der spätesten Zeit der Werth in allgemeinerer Weise zum rechtlich re-

1) Aber auch hier ohne weitere Benachrichtigung u. s. w., falls nicht das Gegentheil ausgemacht ist

2) Literatur bei Windscheid §. 386 A. 6; dazu Fels, das pretium certum des römischen Rechts; Goldschmidt Handbuch Bd. II §. 64b (S. 113 fgg. der zweiten Auflage). Dernburg Pr. P.R. Bd. II §. 135; Brinz Pand. Bd. II S. 706 (2. Aufl.)

levanten Massstab des Preises gemacht worden ist (laesio enormis, oben S. 149).

Gerade in diesem Mangel einer subsidiären Norm für die Grösse des Aequivalents unterscheidet sich der Kauf (und ebenso die Miethe) von einigen andern Rechtsverhältnissen, deren analoge Herbeiziehung daher von vorneherein abgelehnt werden muss. Dies gilt von der Gesellschaft. Sie kann ohne alle Verabredung über die Antheile geschlossen werden, denn kraft rechtlicher Vorschrift sind dieselben im Zweifel gleich. Eben in dieser Vorschrift besteht nun aber auch ein Anhaltspunkt für den Richter, um zu ermessen, ob und inwiefern im einzelnen Fall die getroffene Bestimmung von dieser objectiven Basis der Gerechtigkeit in unzulässiger Weise abweicht. Wenn daher die L. 6 D. pro socio (17, 2) [1]) die Möglichkeit anerkennt, dass die Bestimmung der Antheile dem billigen Ermessen des einen Contrahenten überlassen sein kann, und wenn ferner die bekannten Ausführungen der Ll. 76—80 D. eod. zu dem Resultat gelangen, dass die vom Dritten nach billigem Ermessen zu treffende Festsetzung bei manifesta iniquitas der richterlichen Correktur unterliegt, so wären diese Entscheidungen auf den Kauf analog nur dann anwendbar, wenn auch hier eine entsprechende objective Basis bestünde.

Ebenso entschieden aber muss die Analogie des Dotalversprechens ferne gehalten werden. Denn die Dos kann unter besonderen Umständen ihr quantitatives Maass in sich selbst tragen, so dass dasselbe nur einer declaratorischen Berechnung bedarf [2]).

II. Hiezu kommt nun aber noch eine weitere Erwägung von ganz anderer Beschaffenheit. Mit dem Abschluss des Kaufvertrags geht regelmässig die Gefahr auf den Käufer über. Der zu Grunde liegende Gedanke ist (oben S. 99 fgg.), dass demselben die Initiative bezüglich der Empfangnahme der Sache obliegt. Diese Initiative setzt aber die Erfüllbarkeit bezüglich des Kaufpreises voraus, denn die Erfüllung findet normaler Weise nur Zug um Zug statt. Erfüllt kann nur werden mit baarem Geld, und erfüllt kann daher nur werden, wenn dem Käufer der Betrag des zu leistenden Preises bekannt ist oder bekannt sein kann.

1) Donellus comment. XIII, 1 §. 10.

2) Vgl. mein Dotalrecht Bd. II S. 64.

Wie daher der Naturalkauf ohne den in Geld ausgesprochenen Preis nicht denkbar ist, so ist auch für das Contraktsystem diese Eigenschaft noch immer erheblich. Erst der in Geld ausgesprochene oder ohne Weiteres aussprechbare Preis ist zahlbar; erst mit der Zahlbarkeit ist die Initiative des Käufers möglich; erst mit der Zahlbarkeit geht die Gefahr auf den Käufer über und ist insofern emtio perfecta vorhanden.

Verzichtet daher das Contraktsystem darauf, dass der Preis sofort in Geld ausgesprochen wird, in welchem Fall pretium certum im vollkommensten Sinne vorliegt, so kann es sich dabei doch auch hier immer nur um ein Nachholen handeln; die Unbestimmtheit des Preises steht insoferne durchaus in Parallele zu der Unbestimmtheit des Kaufobjectes, das noch der nachholenden Thätigkeit des Ausscheidens, Ermittelns, Entscheidens u. s. w. bedarf.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass das pretium certum mit der obligatio certa, wenigstens im klassischen Recht, in keinem Zusammenhang steht [1]).

§. 215.

Im Einzelnen ergeben die Quellen folgende verschiedene Erscheinungen:

I. Wie schon bemerkt, ist der höchste Grad von Bestimmtheit vorhanden, wenn der Preis in Geld ausgesprochen ist. An diesen Fall denken daher auch die Quellen vorzugsweise, wenn sie von pretium certum sprechen. Die pecunia numerata ist nicht blos Zahlungs-, sondern auch unmittelbares Bestimmungsmittel.

II. Allein ähnlich wie bei der Sache, so ist auch hier die Bestimmtheit der Leistung von der concreten Vorstellung ihres Umfangs unabhängig. Ein genügend bestimmter Preis ist auch der nach objectiven Merkmalen bestimmte, sofern dieselben der Gegenwart oder der Vergangenheit angehören. Es handelt sich dann lediglich um die Ermittelung derselben.

1) Zu einer ganz befriedigenden Erkenntniss der inneren ratio der römischen Bestimmungen über das pretium certum werden wir schwerlich gelangen; offenbar handelt es sich hier theilweise auch um eine Verschiedenheit der empirischen Anschauungen. Die Erklärung von Dernburg, Pr. P R. Bd. II §. 135 ist völlig unerweislich.

Dieser Gedanke ist von Ulpian in L. 7 §. 1 D. h. t. ausgesprochen [1]).

Huiusmodi emtio: „quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo", valet; nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

Es ist dabei wohl zu beachten, wie der Jurist die objective Bestimmtheit zur Zeit des Vertragsschlusses selbst betont.

Lediglich eine Anwendung dieses Gegensatzes von objectiver Bestimmtheit und subjectiver Ungewissheit ist der Kauf, bei welchem der Preis sich bestimmt nach dem erst zu ermittelnden Quantitätsgehalt (Maass, Zahl, Gewicht) des Kaufobjects. Es genügt, wenn der Preis für die Quantitätseinheit bestimmt ist; das Besondere ist nur, dass das Nachholen hier nicht blos in einem Erkundigen, Nachsehen u. s. w., sondern in einer an dem Kaufobject selbst vorzunehmenden Thätigkeit besteht. Dieser Unterschied ist von Bedeutung für den Uebergang der Gefahr. Denn in den Fällen der ersteren Art bleibt die Initiative des Käufers an und für sich unberührt; seine Sache ist es, die erforderliche Gewissheit sich zu verschaffen. In den Fällen der zweiten Art ist die Erfüllbarkeit nicht möglich ohne vorbereitende Thätigkeit des Verkäufers, deren Zweck hier nur nicht die Individualisirung des Kaufobjects, sondern die Ermittlung des Gehalts, die Verwandlung des im Kaufpreise vorhandenen Faktors X in eine bekannte Zahl ist; erst damit tritt für den Käufer die Erfüllbarkeit nach beiden Seiten hin ein, und daher geht erst in diesem Augenblick die Gefahr auf ihn über; wird das Kaufobject vorher vom Zufall ganz oder theilweise vernichtet, so erlischt insoweit der Vertrag. Dieselben Sätze gelten auch beim Kauf eines Grundstücks, dessen Preis sich nach dem erst zu ermittelnden Flächeninhalt bestimmt [2]). Die älteren Juristen ziehen sehr vorsichtig die Analogie des bedingten Kaufs herbei; diese ist auch vorhanden, sofern in beiden Fällen die Erfüllbarkeit hinausgeschoben ist; die Wendung dagegen, welche Gaius und seine Gewährsmänner der Sache geben, als sei jeder einzelne Theil u. s. w. unter der Bedingung des Zuwägens verkauft, ist ersichtlich

1) Vgl. noch L. 37, L. 81 D. h. t.

2) L. 10 §. 1 D. de periculo (18, 6).

falsch und die heutige Wissenschaft sollte endlich diese unbeholfene und irrige Construktion aufgeben[1]).

Mit jener Verwandlung des Unbekannten in das Bekannte ist ohne Weiteres das der Erfüllbarkeit entgegenstehende Hinderniss beseitigt, die Initiative des Käufers mit allen ihren Consequenzen tritt nunmehr sofort (ohne Benachrichtigung u. s. w.) hervor [2]).

§. 216.

III. Nicht so einfach ist dagegen die Frage zu beantworten, ob die bestimmenden Merkmale auch zukünftige und ungewisse Umstände sein können? [3])

Formell betrachtet ergibt sich dann nicht nur ein subjectiv, sondern auch ein objectiv ungewisser Kaufpreis; auch kann sich die Ungewissheit nicht nur auf den Betrag [4]), sondern selbst auf das Eintreten des Bestimmungsmerkmals beziehen [5]). Im letzteren Fall liegt ein bedingter Kauf vor; die Bedingung entscheidet über Dasein und Höhe des Preises und damit zugleich über die Existenz des Geschäfts selbst; es scheint kein anderer Fall vorzuliegen, als beim Kauf einer res futura und auch der Uebergang der Gefahr würde sich einfach nach allgemeinen Grundsätzen — L. 8 D. de peric. (18, 6) richten.

Gleichwohl scheinen die römischen Juristen eine strengere Ansicht gehabt zu haben, indem sie als pretium certum nur den zur Zeit des Contraktabschlusses objectiv bestimmten Preis gelten liessen. Dies ergibt sich einmal aus der weiter

1) Vgl. Regelsberger in der krit. Vierteljahrschrift Bd. 13 S. 107; Goldschmidt a. a. O. S. 122 A. 21. An der Auffassung des bedingten Kaufs hält noch Windscheid §. 390 bei Anm. 12 fest. Seine Argumentation, dass durch Untergang der Sache die Ermittlung des Kaufpreises unmöglich wird, ist nicht ohne Weiteres zutreffend; wie, wenn sich der Quantitätsgehalt nachher noch durch andere Umstände (Faktura u. s. w.) ermitteln lässt?

2) Auch hier bleibt es dem Käufer überlassen, sich durch besondere Verabredung gegen allenfallsige Nachtheile sicher zu stellen.

3) Diese Frage wird gewöhnlich nicht besonders untersucht.

4) z. B. der Cours der nächsten Börse.

5) Der Preis, den mein Nachbar für den Verkauf seines Hauses erlangen wird.

unten zu besprechenden Controverse über die Zulässigkeit des Arbitrium eines Dritten, welche Controverse Gaius in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Erfordernisse des pretium certum setzt [1]).

Dazu kommt aber, dass meines Wissens in den Quellen des klassischen Rechts kein einziges Beispiel einer Preisbestimmung blos mittelst zukünftiger Merkmale vorkommt [2]). Von Interesse ist hier namentlich die folgende Stelle von Ulpian, die sich unmittelbar an die oben abgedruckte anschliesst.

L. 7 §. 2 D. h. t.

Si quis ita emerit, „est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero", valet venditio et statim impletur; habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit.

Man könnte die Beweiskraft dieser Stelle deshalb bezweifeln, weil nicht nur die Giltigkeit, sondern auch die sofortige Vollziehbarkeit (Perfektion) betont wird.

Allein dem steht gegenüber, dass pretium certum gerade für die Giltigkeit des Geschäfts nöthig ist, so dass vielmehr die Erwähnung der sofortigen Perfektion blos als beiläufig erscheint. Dann aber beweist die Stelle, dass Ulpian die Bestimmung des Kaufpreises blos nach zukünftigen Merkmalen nicht als genügend betrachtet hat [3]).

Ist diese Annahme richtig, so hat das Erforderniss des pretium certum noch eine weitere Bedeutung. Innerhalb des abgeschlossenen Vertrags soll der Preis nicht schlechthin von künftigen Umständen abhängen und daher auch nicht schlechthin Gegenstand der Speculation sein. Das pretium certum ist insoferne also ein fester Preis. Nur braucht nicht der

1) Gai. III, 140. Pretium autem certum esse debet; nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere etc. Vgl. §. 1 I. h. t.

2) Eine Ausnahme besteht höchstens bezüglich des Kaufs der hängenden Früchte nach Zahl, Maass oder Gewicht; vgl. Brinz a. a. O. S. 706 A. 24.

3) Vgl. Vat. frag. §. 9. Auch hier ist ja offenbar nicht an die nachträglich eintretende, sondern an die von Anfang an bestehende Gewissheit gedacht. L. 81 pr. D. h. t. — L. 13 §. 24 D. de a. e. v. (19, 1).

ganze Preis diese Eigenschaft zu haben; zu dem festen Theile kann auch ein beweglicher hinzukommen; insofern ist auch dem Bedürfniss der Speculation ein gewisser Spielraum gewährt. — In der That liegt denn auch beim Kaufpreis die Sache etwas anders als beim Kaufobject. Dass künftige Sachen gekauft werden, ist ein anderes Bedürfniss, als dass innerhalb des abgeschlossenen Vertrags der Kaufpreis offen gelassen wird. Dort handelt es sich um die gegenwärtige Sicherung einer Kaufgelegenheit, deren objective Voraussetzung erst später eintritt; die Preisbestimmung ist immer subjectiv und kann daher in jedem Augenblick nach Merkmalen bestimmt werden, die der Vergangenheit oder Gegenwart angehören.

Demnach ist also pretium certum weder der subjectiv bewusste noch der objectiv irgendwie bestimmbare, sondern der zur Zeit des Contraktschlusses feste Preis; zu demselben kann aber ein unsicherer Zusatz hinzutreten.

§. 217.

IV. Ueberaus merkwürdig ist nun, dass uns nicht etwa von einer Controverse über die eben besprochene Frage im Allgemeinen berichtet wird, sondern nur über eine besondere Anwendung derselben. Streitig war unter den römischen Juristen seit alter Zeit, ob ein bindender Kaufvertrag dergestalt geschlossen werden könne, dass der Preis von einem Dritten, über den sich die Parteien einigen, zu bestimmen sei. Der berühmte Zeitgenosse von Julius Cäsar, Ofilius, hat bereits die Frage bejaht; ihm folgte Proculus; die verneinende Ansicht hat Labeo unter Zustimmung von Cassius vertheidigt [1]). Die Letzteren hielten an dem Princip fest; der Preis ist auch hier im Augenblick des Abschlusses des Contrakts nicht fest; demgegenüber mochte das Gefühl bestehen, dass hier, wo die Bestimmung einem gemeinschaftlichen Vertrauensmann übertragen ist, die Unfertigkeit einen wesentlich andern Charakter hat, als in den Fällen casueller oder potestativer Bedingung. Dazu mochte vielleicht ein praktisches Bedürfniss kommen; bei den grossen örtlichen Preisdifferenzen im Alter-

1) Gai. III, 140; §. 1 I. h. t.; L. 15 C. h. t. Vgl. in Beziehung auf die Miethe Gai. III §. 143; L. 25 pr. D. loc. (19, 2); pr. I. de loc. (3, 24).

thum war ein Kauf unter Abwesenden in vielen Fällen doch eigentlich nur mit Hilfe eines solchen Vertrauensmannes möglich [1]).

Die letztere Ansicht hat die Sanktion Justinian's erhalten [2]). Demnach soll der Vertrag, welcher die Festsetzung des Preises einem bestimmten Dritten überträgt, als bedingter Kauf gelten; wird die Preisbestimmung von dem Dritten getroffen, so hat es dabei das Bewenden, der Kauf gelangt damit zur Perfektion; im andern Fall, sei es dass der Dritte nicht will oder nicht kann, ist das Geschäft wegen mangelnden Preises nichtig.

Soweit ist der Inhalt der Verordnung völlig zweifellos. Es ergibt sich aber sofort die Frage, ob die vom Dritten getroffene Bestimmung für die Parteien schlechthin bindend ist [3]), oder ob dieselbe auf Antrag der einen oder andern Partei irgendwie einer richterlichen Prüfung oder Correktur unterworfen werden kann; im bejahenden Fall würde sich die weitere Frage nach der Beschaffenheit dieser Correktur — ob blose Cassation mit Nichtigkeit des Vertrags oder positive Abänderung — anschliessen.

Für die Beantwortung der ersteren Frage kommt nun einerseits das „omnimodo" in Betracht, welches, wenn es nicht müssig dastehen soll, keinen andern Sinn haben kann, als eben den, dass das Arbitrium schlechthin und ohne Rücksicht auf seine objective Angemessenheit bindend ist [4]). Andrerseits enthält das Gesetz folgenden Schlusssatz:

> nulla coniectura immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerint; quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.

1) Wie sich Ofilius das Verhältniss formell zurecht gelegt haben mag, ist schwer zu sagen; nach Gai. III §. 146 ist kaum anzunehmen, dass er den bedingten Kauf schon gekannt hat.

2) L. ult. C. h. t. (4, 38), vom 1. August 536, eine der fünfzig Decisionen.

3) Abgesehen natürlich von Betrug. Das Verhältniss zur laesio enormis kann hier ganz auf sich beruhen.

4) So auch die Basiliken XIX, 5, 21: ἢ ὁρίσει τὸ τίμημα καλῶς ἢ κακῶς.

Wollte man diesen Satz dahin verstehen, dass der Dritte schlechthin nur nach Willkür zu entscheiden habe, so wäre dies allerdings falsch; damit stünde der Satz der Pandekten, dass das Arbitrium bei den bonae fidei iudicia im Zweifel als arbitrium boni viri zu verstehen ist, in unlösbarem Widerspruche. Umgekehrt hat daher auch in unserm Fall der Dritte im Zweifel als bonus vir zu fungiren.

Aber auch die ziemlich weit verbreitete Ansicht wird sich nicht halten lassen, dass die Verordnung den höchstpersönlichen Charakter des Arbitrium und die Unzulässigkeit eines Stellvertreters[1]) habe betonen wollen; denn auch dieser Satz ist bereits im klassischen Recht ausdrücklich anerkannt[2]), wie denn auch sonst den Quellen ein unpersönliches arbitrium boni viri als vertragsmässige Festsetzung unbekannt ist[3]).

Demnach kann die Meinung Justinian's nur die sein, dass die Verabredung ebenso giltig ist, mag sie die willkürliche Entscheidung oder das arbitr. b. v. im Auge haben und dass daher auch im Resultate zwischen diesen zwei Möglichkeiten kein Unterschied bestehen soll. Im letzteren Falle sind an die Entscheidung des Dritten besondere ethische Anforderungen gemacht; die Erfüllung derselben unterliegt aber keiner Controlle[4]). Welchen praktischen Unterschied die von Justinian beseitigten Ansichten der Aelteren mit diesem Gegensatze verbinden wollten, muss dahin gestellt bleiben.

1) Abgesehen natürlich vom Falle besonderer Verabredung.

2) L. 75 D. pro socio (17, 2).

3) L. 25 pr. D. loc. (19, 2). Daraus ergibt sich auch, dass die Gegenüberstellung von certa persona (Individuum) und arbitrium b. v. in der Codexstelle einigermassen schief ist.

4) So sollen ja auch der iudex und der Schiedsrichter nach bestem Wissen entscheiden, gleichwohl unterliegt auch ihre Entscheidung keiner Controlle; im praktischen Resultat ist es gleichgiltig, ob sie willkürlich oder ex arb. b. v. entscheiden. — Das Verständniss der Stelle wird vielfach gestört durch die ungehörige Herbeiziehung der L. 76—78 D. pro socio (17, 2); vgl. dagegen oben S. 339. Die richtige Ansicht hat bereits Donellus comment. lib. XIII c. 1 §. 10 und derselbe ad leg. ult. C. h. t. (opera 8, 783). Uebereinstimmend auch Goldschmidt a. a. O. A. 23; Fels S. 45, 46. A. A. z. B. Vangerow §. 632 (III, 427); Ude im Archiv f. d. civ. Prax. 52 S. 109. Vgl. noch Brinz a. a. O. S. 707 Anm. 29; Thöl §. 252.

Die Voraussetzung dieser Entscheidung ist die, dass dem Dritten die Preisbildung von den Parteien übertragen ist, so dass seine Mitwirkung dem Inhalt nach constitutiv ist. Wesentlich hievon verschieden ist der Fall, wenn der Dritte lediglich herangezogen wird, um gewisse objective Merkmale der von den Parteien selbst getroffenen Preisbestimmung zu declariren; so der Makler, der über den Courswerth Aufschluss geben, der Schätzmann, der den Werth der Sache feststellen soll, welchen die Parteien als Preis oder als Faktor des Preises bestimmt haben. Auch für diese Thätigkeit kann möglicher Weise die Person des Dritten den Parteien wesentlich sein [1]; je geschäftsmässiger aber die Schätzung ist, desto mehr wird diese Auffassung zurücktreten; das Geschäft ist dann kein bedingtes, und die erforderliche Ermittelung kann auch noch innerhalb des Processes durch den Richter unter Zuziehung von Sachverständigen nachgeholt [2], sowie die von dem Dritten getroffene Ermittelung auf ihre Richtigkeit geprüft und durch eine richtigere ersetzt werden [3].

§. 218.

V. Die Preisbestimmung kann nicht dem einen Contrahenten selbst überlassen sein, weder nach seiner Willkür noch nach seinem billigen Ermessen. Dies sagt Gaius in L. 35 §. 1 D. h. t.

Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit, „quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum [4].“

Zwar der Ausdruck imperfectum negotium ist an sich zweideutig; er kann auch das bedingte Geschäft bezeichnen.

1) Es ist der Fall möglich, dass die Schätzung ganz besondere Kenntnisse, vielleicht besondere Charaktereigenschaften voraussetzt.

2) Nicht auch mittelst des Schätzungseides; vgl. R.C P.O. §. 260; a. A. Goldschmidt a. a. O. S. 128.

3) Die Gränze zwischen dieser doppelten sehr verschiedenen Thätigkeit ist natürlich quaestio facti. Wird ausgemacht, dass sich der Preis eines seltenen Gegenstandes durch die Schätzung des A., der einer der wenigen Sachverständigen für Gegenstände dieser Art ist, bestimmen soll, so liegt offenbar nicht der zweite, sondern der erste Fall vor. — Vgl. auch Fels a. a. O. S. 73.

4) Vgl. auch L. 13 C. h. t.

Allein der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden beweist, dass Gaius den Vertragsabschluss in Abrede stellen will. Nach den früheren Ausführungen ist diese Entscheidung vollkommen consequent. Der Contrahent braucht die Entscheidung gar nicht zu treffen, so dass er frei, der Gegner gebunden ist. Die entgegengesetzte Behandlung wäre ein Analogon des Kaufs auf Probe; gerade hier tritt das Singuläre des letzteren wieder hervor. (S. 224)[1].

Auch hier aber ist der Fall zu unterscheiden, wenn die Ermittlung der zur Preisbestimmung festgesetzten objectiven Merkmale dem einen Contrahenten überlassen ist, sei es durch Verabredung, sei es durch die besondere Beschaffenheit der Ermittlung selbst (Messen u. s. w., s. oben). Nicht nur, dass hier contraktliche Verbindlichkeit zu dieser Thätigkeit besteht, so ist dieselbe auch controllirbar und der Berichtigung unterworfen. Das bedarf keiner weiteren Ausführung.

§. 219.

VI. Noch bleibt der Fall übrig, wenn der Kaufpreis — ohne Benennung eines Dritten, der entscheiden soll, als „angemessener“, „richtiger“, „billiger“ Preis bezeichnet ist (iustum, verum, aequum pretium).

Es muss behauptet werden, dass diese Art der Preisbestimmung nach römischem Recht unzulässig ist.

Der scharf hervortretende Unterschied zu den vorhin besprochenen Fällen ist der, dass es sich hier um äusserlich wahrnehmbare Thatsachen handelt, deren Wahrnehmung nur eben erst nachgeholt wird, dort dagegen um ein Urtheil, für das zwar gewisse Thatsachen bestimmend sind oder sein können, das aber im Uebrigen doch wieder bei Jedem einen individuellen Charakter annimmt; es handelt sich also nicht sowohl um deklaratorische, als um constitutive Thätigkeit. Daher wird die ganze Frage verschoben, wenn man das iustum

1) Am wenigsten wäre diese Analogie für das Pandektenrecht zulässig. Vgl. oben S. 233. Wie hier Vangerow a. a. O.; Thöl a. a. O. (der übrigens nur von der Willkür des Käufers spricht und eine andere Motivirung gibt); Goldschmidt a. a. O. S. 122 A. 22. Brinz S. 707. Fels S. 55. — Für die entgegengesetzte Ansicht Windscheid §. 386 A. 6.

pretium als gleichbedeutend mit dem „Marktpreis" nimmt. Diesen Sinn kann der Ausdruck haben und hat denselben in L. 28 §. 5 C. de admin. tut. (5. 37) in Beziehung auf marktgängige Waaren [1]); aber es muss aufs entschiedenste in Abrede gestellt werden, dass er denselben Sinn immer und nothwendig hat [2]). — Wir müssen vielmehr sagen, dass das iustum pretium niemals ohne Weiteres solche objective Merkmale bezeichnet, die nur der nachträglichen Ermittlung bedürfen. Was iustum pretium ist, ist in jedem Fall zu bestimmen: die iustitia, veritas, aequitas pretii ist nichts anderes als eine Direktive für das preisbildende Urtheil; und es ist daher das iustum pretium ganz identisch mit demjenigen, welches ex arbitrio boni viri zu gewinnen ist.

Ist daher nach römischer Auffassung das iustum pretium als solches ein pretium incertum, so kommt noch der weitere Umstand hinzu, dass Niemand von den Parteien dazu berufen ist, diese Ungewissheit in Gewissheit zu verwandeln, wie im Falle IV (§. 217). Verständigen sich die Parteien nicht, so bleibt nur der Richter übrig. Aber dieser kann doch unmöglich ein Requisit erst feststellen, welches für die Giltigkeit und damit für die Klagbarkeit des Geschäfts wesentlich ist; gerade damit würde ja das Erforderniss des pretium certum aufgegeben werden. Nicht darin liegt die Schwierigkeit, als ob nicht auch der Richter bestimmen könnte, was pretium iustum ist; gar vielfach kommt er in die Lage dies zu thun; sondern darin, dass diese Feststellung erst den Vertrag perfekt macht und gleichwohl schon aus dem imperfekten Vertrage geklagt werden müsste.

So ist denn auch aus den Quellen des römischen Rechts kein einziges sicheres Beispiel nachweisbar, dass für den Kaufvertrag die Bestimmung des Preises als pretium iustum u. s. w.

1) Uebrigens ist dort lediglich gesagt, dass der Vormund gewisse Sachen des Mündels um das iustum pretium, welches dann als Marktpreis definirt wird, verkaufen könne.

2) Die Behauptung von Thöl §. 252 bei Anm. 17: „das römische Recht nannte den Marktpreis, da dieser nach der allgemeinen Meinung ein angemessener, zu dem Werth der Waare im Verhältniss stehender Preis ist, iustum pretium", ist daher mindestens missverständlich. — Justum pretium in Anwendung auf Grundstücke L. 2 C. de resc. vend. (4, 44).

genügend gewesen wäre. Wo dieser Begriff vorkommt, da bezeichnet er entweder

1) den Preis, welchen der Magistrat (nicht der Richter) für einen erst abzuschliessenden Kauf bestimmt[1]), oder

2) den Preis, um welchen zu verkaufen eine Vorverpflichtung besteht, sei es eine gesetzliche oder letztwillige, und der eben zum Zweck des Abschlusses des Hauptvertrags erst noch festgesetzt wird[2]), oder

3) den Preis, um welchen, ohne Verletzung anderweitiger Verpflichtungen, verkauft werden darf oder hätte verkauft werden sollen[3]); oder

4) überhaupt nicht den Kaufpreis, sondern die Gegenleistung (beziehungsweise Entschädigung) bei kaufähnlichen Geschäften und Verhältnissen[4]).

Für das Gegentheil wird häufig die L. 16 §. 9 D. de pignor. (20, 1) von Marcian angeführt[5]); allein mit Unrecht.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videbitur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Man braucht hier weder mit der Aushilfe sich zu begnügen, dass der Jurist die sämmtlichen Erfordernisse des Geschäfts einzeln aufzuführen keine Veranlassung gehabt habe noch dass eine Singularität für den Pfandverkauf vorliege. Es handelt sich vielmehr — ganz im Gegensatze zu Vat. frag. §. 9, gar nicht um einen Verkauf, sondern um eine Nebenverabredung des Pfandvertrags, die daher auch nicht mit actio emti venditi, sondern mit actio pigneraticia directa und contraria geltend gemacht wird. Die Stelle selbst vergleicht

1) So L. 1 §. 11 D. de off. praef. (1, 12); L. 31 §. 4 D. de fideicomm. lib. (40, 5); Ulpian II §. 11; vgl. auch Goldschmidt S. 118 A. 10[a]).

2) z. B. L. 12 pr. D. de relig. (11, 7); L. 49 §. 8 D. de leg. I, (30); L. 41 §. 8, 9 D. de leg. III (32).

3) L. 28 §. 5 C. de administ. tut. (5, 37); L. 3 §. 5 D. de iure fisc. (49, 14); L. 2, 8 C. de resc. vend. (4, 44).

4) z. B. L. 79 D. de R. V. (6, 1) Litisaestimation; L. 12 §. 1 D. d. j. d. (23, 3); L. 36 pr. D. de donat. i. v. et ux. (24, 1); L. ult. C. de iure dom. impet. (8, 34). Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 121 A. 19.

5) Vgl. Windscheid a. a. O.

das Verhältniss nur mit einem bedingten Verkaufe[1]). — Ganz aus dem gleichen Grund gehört auch L. 35, 36 pr. §. 1 D. mandat. (17, 1) nicht hieher; was der Mandatar hier bezüglich seines eigenen Antheils an der Sache, auf die sich das Mandat zum Kaufe bezieht, zu leisten und zu fordern hat, dafür sind nicht die Kauf-, sondern ausschliesslich die Mandatsklagen zuständig.

§. 220.

Das heutige Recht ist theilweise über diese Sätze der Quellen hinausgegangen.

I. Keine principielle Modification ist es, dass bei uns eine Reihe von objectiven Bezeichnungen eingebürgert sind, die den Römern fremd waren. Dahin gehört der „Markt-“, „Börsen-“, „Ladenpreis“, „Fabrikpreis“ u. s. w.[2]). Diesen Bezeichnungen gegenüber ist überall lediglich ein ermittelndes Verfahren nöthig, das auch von der Partei besorgt werden kann und dessen Resultat unter richterlicher Controlle steht[3]).

II. Dagegen liegt ohne Zweifel eine Abweichung vom römischen Begriff des pretium certum darin, dass nach heutigem Recht der Preis auch blos nach künftigen Merkmalen, wenn dieselben nur möglich sind, bestimmt werden kann; ein Theil unserer Speculationsgeschäfte beruht gerade auf dieser Art der Bestimmung. Ist das Eintreten jener Merkmale überhaupt ungewiss, so liegt ein bedingter Kauf vor nach Ana-

1) Es handelt sich auch um keinen Vorvertrag, — denn der Kauf soll nicht erst abgeschlossen werden. Aber auch keine unwiderrufliche Offerte (S. 280) liegt vor; denn die empirische Absicht geht gar nicht auf Kauf, sondern auf Uebernahme der Sache zum Zweck der Befriedigung auf der Basis von Abschätzung und Abrechnung; gerade der Gegensatz zum reinen Verfall wird durch den Vergleich mit der conditionalis venditio hervorgehoben. Uebrigens würde unsere Ansicht auch mit einer dieser beiden Construktionen bestehen können, das Wesentliche ist immer, dass die Abschätzung nicht mittelst der Kaufklage erlangt wird.

2) Auch der „Selbstkostenpreis“ gehört hieher, sofern derselbe ernstlich als Preisbestimmung gemeint ist. Ueber den Markt- und Börsenpreis stellt das H.G.B. im Art. 353 Interpretationsgrundsätze auf. — Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 99 fgg.; Thöl §. 252.

3) Und zwar selbstverständlich nicht blos mit der Möglichkeit der Cassation, sondern mit der der positiven Abänderung.

logie der Verstellung in das Ermessen eines Dritten. Es ist aber auch möglich, dass nur der Umfang, in welchem der Preis bestimmt wird, ungewiss ist[1]; hier ist zwar ein unbedingtes, aber ein noch nicht erfüllbares Geschäft vorhanden; die Behandlung der Gefahr ergibt sich hiernach von selbst. Diese Entwicklung steht insoferne nicht im direkten Widerspruch zu den Quellen, als dieselben, wie schon bemerkt, ein direktes Verbot dieser Art von Preisbestimmung nicht enthalten; und andrerseits insofern im Einklang mit dem römischen Recht, als es das pretium incertum in Form der Verstellung in das Ermessen des Dritten kennt. Für den Kauf der Früchte auf dem Halm hat der Zukunftspreis durch die R.P.O. von 1577 Titel 19 sogar eine ausdrückliche Sanktion erhalten[2].

III. Eine weitere Entwicklung des heutigen Rechts wird ohne Zweifel in Beziehung auf das pretium iustum (angemessener Preis u. s. w.) angenommen werden müssen. Die römische Auffassung, dass diese Art der Preisbestimmung ungenügend ist, liegt uns ferne. Indessen wird hier genauer unterschieden werden müssen:

1) Die Angemessenheit des Preises ist auch für uns noch ein Urtheil, in welchem redliche Männer auseinander gehen können. Daher ist sehr wohl möglich, dass, indem die Parteien den Preis als „angemessenen", „billigen" u. s. w. bezeichnen, jeder Theil sich darüber sein eigenes Urtheil vorbehalten will. Alsdann liegt weder Einigung der Contrahenten noch auch nur Unterwerfung unter die Entscheidung eines Dritten vor; das Geschäft befindet sich noch durchaus im Stadium der Vorverhandlung.

Diese Absicht wird im Zweifel sogar zu vermuthen sein[3].

2) Es können aber die Contrahenten auch das iustum pretium als den den objectiven Verhältnissen entsprechenden und insoferne nur noch der Ermittlung bedürfenden Preis ernstlich zu Grunde legen; sie verpflichten sich dann, unter Verzicht auf das einseitige eigene Urtheil, bei dieser Ermittlung mitzuwirken und

1) Vgl. S. 342 A. 4.

2) Goldschmidt a. a. O. S. 28, 29.

3) Bietet mir Jemand sein Haus um angemessenen Preis zum Kaufe an und ich antworte bejahend, so liegt weiter nichts vor als Eintreten in Vorverhandlungen.

sich dem Resultat derselben zu unterwerfen. Alsdann ist der Vertrag mittelst dieses also bestimmten Preises fest abgeschlossen.

Ein Anhaltspunkt für diese Absicht wird namentlich darin zu erblicken sein, dass der Vertrag sofort bezüglich der Sache in Vollzug gesetzt wird. Insbesondere ist an den Fall zu denken, wenn die Sache erst noch zu bearbeiten ist. Hier tritt auch die Analogie der Preisbestimmung bei der Miethe hervor.

Kann es nun hier schliesslich die Aufgabe des Richters werden, den Preis festzustellen, so ist diese Thätigkeit — anders als nach römischer Auffassung — nicht als constitutive, sondern als wesentlich deklaratorische zu betrachten, und der Vertrag ist daher auch nicht bedingt. Die Grundlage der richterlichen Ermittlung ist dabei keine andere als in den Fällen, wo schon nach römischem Recht das iustum pretium auf diesem Weg zum Ausdruck in einer Zahlengrösse gebracht wurde.

Es ist noch der Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem hier das Perikulum übergeht. Die Ermittlung des Preises erfolgt zunächst auf dem Wege, dass die eine Partei der andern einen darauf bezüglichen Vorschlag macht[1]; und da in dieser Beziehnng keine Reihenfolge besteht, so ist der Käufer nicht gehindert, die Initiative bezüglich der Empfangnahme der Sache zu ergreifen. Sofern daher nicht ein anderer Grund des Aufschubs vorhanden ist, geht die Gefahr sofort über. Darin liegt kein unbilliger Nachtheil für den Käufer; nimmt der Verkäufer den angemessenen Vorschlag nicht an, so ist er sofort in mora solvendi.

3) Nur eine Modification des vorigen Falles ist es daher, wenn die Ermittlung des iustum pretium vertragsmässig zunächst dem Urtheil des einen Contrahenten anheimgestellt wird. Weder ist hier die Arbitrirung selbst und damit die Perfektion des Geschäfts in seiner Willkür noch ist die Entscheidung der Controlle entzogen. Das Besondere ist nur,

1) Der für sie selbst — der Nachweis des Irrtums vorbehalten — — sofort in dem Sinne unabänderlich wird, dass sie denselben nicht erhöhen, bezw. als Käufer nicht herabsetzen kann. Thon in der Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. 10 S. 202 fgg. Dernburg Pr. P.R. Bd. II §. 22; Goldschmidt S. 136 A. 37.

dass ihm die Initiative des Vorschlags überlassen ist; die Rückwirkung auf das Perikulum ergibt sich hieraus von selbst [1]).

4) Es entsteht die weitere Frage, ob durch diese Entwicklung auch der rechtliche Charakter der von einem bestimmten Dritten zu treffenden Entscheidung berührt wird. Diese Frage wird zu bejahen sein. Justinian stellt sich nämlich diese Thätigkeit offenbar schlechthin als constitutive vor; deshalb soll im Erfolg kein Unterschied sein, ob der Dritte willkürlich oder nach billigem Ermessen verfährt; immer ist er es, der den Preis bildet. Räumen wir dagegen dem pretium iustum die Bedeutung einer genügenden objectiven Preisbestimmung ein, so kann ohne Zweifel die Aufgabe des Dritten auch dahin gehen, dasselbe zu ermitteln; und unter dieser Voraussetzung ist nicht nur seine Thätigkeit ohne Weiteres als arbitrium b. viri gemeint, sondern unterliegt auch der Controlle und Correktur des Richters. Insofern kann also die L. 13 C. cit., die von einer ganz andern Grundlage ausgeht, nicht mehr ohne Weiteres massgebend sein.

Welche der beiden möglichen Thätigkeiten des Dritten die Parteien beabsichtigt haben, ist eine thatsächliche Frage; im Zweifel wird, nicht nur für Handelsgeschäfte, die blos ermittelnde als gewollt anzunehmen sein [2]).

V. In die Willkür des einen oder anderen Contrahenten kann auch im heutigen Recht der Preis nicht verstellt werden; denn der betreffende Contrahent hat damit die Entscheidung über die Existenz des Contrakts selbst in Händen [3]). Dass in dieser Beziehung das heutige Recht über das römische hinaus-

1) Uebrigens kann sich solche Initiative auch ohne Verabredung aus den Umständen, z. B. bei der Bearbeitung des Kaufobjects, wobei für den Preis Faktoren massgebend sind, die zunächst nur der Verkäufer kennt, oder aus den Geschäftsgewohnheiten ergeben.

2) Diejenige Partei, welcher die entgegengesetzte Annahme vortheilhafter ist, hat die darauf gerichtete Absicht zu beweisen. — Vgl. zu dem Vorhergehenden Goldschmidt a. a. O. S. 126 A. 38, 39; Fels a. a. O. S. 77, 95. Die herrschende Ansicht ist wohl für die unbedingte Geltung der L. ult. C. h. t. (4, 38). Ob dieselbe, wenn ihre fortdauernde principielle Giltigkeit anerkannt wird, für das Handelsrecht einfach durch den Art. 278 des H.G.B. bei Seite geschoben werden könnte, möchte ich bezweifeln. Vgl. auch Dernburg Pr. P.R. II §. 22.

3) Dass die Willkür des Käufers ausgeschlossen ist, ergibt sich für das Handelsrecht auch noch aus Art. 337 des H.G.B.. „Das Aner-

geht, lässt sich nicht nachweisen, die Analogie des Kaufs auf Probe findet in den Quellen keinerlei Stütze; auch wird Niemand behaupten, dass für ein derartiges Geschäft ein dringendes praktisches Bedürfniss bestehe.

Damit ist aber die Frage noch nicht erledigt. Es ist denkbar, dass durch Vorvertrag dem einen Contrahenten die willkürliche Preisbestimmung überlassen ist; auf diesen Fall ist die obige Argumentation nicht zutreffend. Wohl aber tritt hier die andere Regel hervor, dass in den bonae fidei negotiis — und ein solches ist ja auch der Vorvertrag — die Entscheidung des einen Contrahenten immer als controllirbares billiges Ermessen zu verstehen ist[1]). Finden wir diese Regel in den Quellen auf unsern Fall nicht direkt angewendet, so erklärt sich das einfach daraus, dass dieselben den selbständigen Vorvertrag zum Kauf nicht kennen. (Vgl. S. 273).

VI. Im heutigen Rechte gibt es Fälle, in welchen ein giltiger Kaufvertrag ohne concrete Festsetzung des Preises abgeschlossen werden kann.

Nur scheinbar gehört hieher der Fall, wenn unter den Contrahenten eine Geschäftsverbindung besteht, durch welche die bei allenfallsigen Kaufverträgen eintretenden Preise zum Voraus bestimmt sind. Solche Geschäftsverbindung ist kein Vorvertrag (S. 281), denn sie erzeugt für keinen Theil die Verpflichtung zur Eingehung von Kaufverträgen; möglicher Weise ist sie auch nicht einmal bezüglich der Preisgewährung verpflichtend; aber jedenfalls ersetzt sie, solange sie besteht, die specielle Normirung des Preises; jeder Kaufvertrag ist geschlossen zu den zum Voraus bestimmten Preisen; in der

bieten zum Verkauf, bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.“

1) L. 22 §. 1 D. de R. I.; L. 24 pr. D. loc. (19, 2). — Diese Entscheidung stimmt auch durchaus mit der empirischen Absicht. Wer dem Gegner sagt: „ich verpflichte mich zu kaufen um jeden Preis, den du bestimmst“, will sich damit nicht auch der Forderung einer Million unterwerfen; und wer umgekehrt sagt, er wolle sein Haus um jeden Preis verkaufen, verkauft es darum doch nicht um eine Mark. Das Argument, dass ja auch Schenkung möglich ist, trifft nicht zu: wer einen Kauf wirklich will, will eben keine Schenkung und will es daher auch nicht dem Gegner überlassen, die Gränze zwischen Kauf und Schenkung zu ziehen. — Goldschmidt S. 126 A. 28.

That also ist die Preisbestimmung selbst nur in einen dem Vertragsabschluss vorhergehenden Zeitpunkt verlegt.

Wohl aber handelt es sich um folgenden Fall. Wenn der Verkäufer regelmässig gewisse Waaren um einen festen Preis (Marktpreis, Ladenpreis) verkauft, so ist das einzelne Geschäft, das ohne weitere Verabredung bezüglich des Preises eingegangen wird, eben um diesen Preis abgeschlossen. Die hier ohne Zweifel vorliegende Fortbildung des römischen Rechts beruht doch wohl nicht auf Gewohnheitsrecht, sondern auf der Bedeutung, die der feste Preis (in diesem Sinne) für den heutigen Verkehr hat; es handelt sich doch lediglich um eine stillschweigende und selbstverständliche Willenseinigung, nicht um ein gesetzliches Surrogat der Preisbestimmung. Dafür ist namentlich auch von Interesse, dass keineswegs schon die Offerte des Verkäufers als um den festen Preis gemacht erscheint; das H.G.B. Art. 337 spricht schlechthin und ohne alle Ausnahme jeder Verkaufsofferte, die den Preis nicht bestimmt bezeichnet, die verbindliche Kraft ab. Vielmehr ist also in diesen Fällen der Käufer als Offerent zu denken, der stillschweigend den gewöhnlichen Preis offerirt [1]).

VII. Ganz ohne alle Bestimmung des Preises ist der Kauf auch im heutigen Recht nichtig. Die Behauptung, dass, wenn derselbe nur fest gewollt sei, immer der dem gemeinen Werth der Sache entsprechende Preis als bedungen gelte, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; sie würde auch, da diese Bestimmung doch eigentlich blose Fiktion ist, vielmehr zum subsidiären gesetzlichen Normalpreis führen. In Wirklichkeit liegt aber die Sache so, dass die Rechtsordnung den, wenn auch festen Willen, solange er nicht zur Bestimmung des Kaufpreises fortgeschritten ist, nicht als Vertragswillen sanktionirt [2]). Im We-

1) Im Texte ist die Regel viel enger gefasst als dies gewöhnlich geschieht. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 125 A. 31; S. 104 A. 28. Mir scheint aber, dass die subjective Beschränkung, die oben hervorgehoben wurde, unerlässlich ist. Dass Jedermann marktgängige Güter um den Marktpreis kauft oder verkauft, kann nicht angenommen werden. Im Wesentlichen wie hier Dernburg Pr. P.R. Bd. II §. 135 A. 13, 21 (S. 344).

2) Möglicher Weise kann in dem „festen“ Bestellen auch die Ueberlassung der Preisbestimmung an den Andern liegen.

sentlichen reichen auch für das praktische Bedürfniss die bisher besprochenen Modificationen des römischen Rechts völlig aus[1]).

Auch hat es keinen Sinn, für diesen Fall statt des Kaufs einen andern (unbenannten) Consensualcontrakt anzunehmen; der Name thäte doch wahrlich nichts zur Sache; die Meinung aber, dass neben jedem römischen Consensualcontrakte ein anderer unbenannter steht, mittelst dessen die rechtlichen Schranken des ersteren umgangen werden können, ist lediglich ein Ausfluss der herrschenden Theorie von der Souveränität des Privatwillens[2]).

Auch von Entschädigungsansprüchen kann keine Rede sein; jeder Theil hat es sich lediglich selbst zuzuschreiben, wenn er sich auf einen unfertigen Vertrag einlässt.

Daran ändert an sich auch der Umstand nichts, dass die Sache bereits übergeben ist. Die Analogie von Gai. III §. 143 und L 22 D. de praescr. verb. (19, 5) muss zurückgewiesen werden, denn bei der Miethe handelt es sich um eine Vorleistung, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so dass durch Annahme derselben allerdings irgendwelche contraktliche Verbindlichkeit entsteht. Dies ist hier anders; die noch vor Abschluss des Kaufvertrags übergebene Sache geht nicht einmal ins Eigenthum über, sie wird daher, wenn die Einigung nicht erfolgt, einfach zurückgefordert und zurückgegeben [3]), und ein stillschweigender Vertrag kann allenfalls nur gerade mit diesem Inhalt angenommen werden.

Vielmehr tritt die Analogie der Miethe erst dann hervor, wenn dem Empfänger die Rückgabe durch sein Verschulden unmöglich ist. Auch dadurch gelangt nicht der Kaufvertrag zur nachträglichen Perfektion, sondern es tritt nunmehr der Anspruch auf Entschädigung und damit im Erfolge ein dem vollzogenen Kaufcontrakt ähnliches Verhältniss hervor, dergleichen in den Quellen auch sonst noch gar manche vorkommen.

1) A. A. Goldschmidt S. 125; dagegen Thöl §. 252. Brinz a. a. O. S. 716. Für diejenigen, die den Preis auch in die Willkür des einen Contrahenten verstellen lassen, macht dieser Fall natürlich keine Schwierigkeit.

2) Vgl. hierüber Fels S. 80 a. A.; neuerdings Brinz S. 706.

3) Mit der dinglichen Klage oder mit condictio sine causa.

Dritter Abschnitt.

Verbindung mehrerer Kaufobjecte.

§. 220.

Der Mehrheit der Kaufobjecte entspricht regelmässig eine Mehrheit der Kaufverträge. Diese wird weder durch die Gleichzeitigkeit des Abschlusses noch durch die Errichtung einer einheitlichen Geschäftsurkunde ausgeschlossen [1]. Wohl aber kann durch den besonderen Willen der Parteien die Einheit des Geschäfts herbeigeführt werden; und unter gewissen Voraussetzungen tritt an die Stelle dieses Willens die ergänzende und fürsorgende Thätigkeit der Rechtsordnung.

I. Vor Allem können die Parteien auch bei getrennter Preisbestimmung mehrere, selbst verschiedenartige Objecte [2] derart in Beziehung zu einander setzen, dass der Kauf des einen von dem des andern abhängt und umgekehrt. In Wirklichkeit liegt dann ein einziger Kauf vor. Von diesem Fall handelt African in L. 34 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1)

> Interdum et si in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est, —, scilicet quum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

II. Hieran schliesst sich unmittelbar der andere Fall an, wenn mehrere Sachen um einen einheitlich gewollten [3] Preis verkauft werden, mögen dieselben nach den Anschauungen des Verkehrs zusammengehören oder nicht [4].

In beiden Fällen sind die Wirkungen der Einheitlichkeit

1) L. 47 D. de evict. (21, 2); L. 34 pr. D. de aed. ed. (21, 1). Vgl. Brinz Pand. II §. 325ª S. 702.

2) Besonders häufig kommt diese rein willkürliche Verbindung bei Auktionen vor. — Die objective Zusammengehörigkeit (z. B. mehrere Bände desselben Werkes) kann dabei als Interpretationsmittel dienen.

3) Im Gegensatz zu dem Fall, wenn die Einheit nur das Resultat der Zusammenrechnung der einzeln bestimmten Preise ist. L. 36, 38 §. 13 D. de aed. ed. (21, 1); L. 4 §. 2 D. de addict. in diem. (18, 2).

4) Nicht hieher gehört L. 91 §. 3 D. de leg. III (32), wo es sich gar nicht um die Einheit des Preises, sondern darum handelt, ob der Käufer (Testator) die Grundstücke auch fernerhin als zusammengehörig behandelt hat.

die nämlichen; hier können dieselben nur kurz hervorgehoben, nicht ausführlich erörtert werden.

1) Der Kauf ist nichtig, wenn eines der mehreren Objecte beim Kaufabschluss nicht oder nicht mehr existirt [1]).

2) Auch wenn nur ein Object mangelhaft ist, kann möglicher Weise Redhibition oder Preisminderung bezüglich aller verlangt werden, und

3) in gleicher Weise verhält es sich mit der Eviction [2]).

4) Dagegen bestand unter den römischen Juristen eine Controverse über die Frage, ob auch die Klage nur einheitlich oder ob sie wegen jedes Objects selbständig angestellt werden könne. Für den römischen Formularprocess nahm diese Frage die Gestalt an, ob sich die Demonstration auch nur auf das eine Object beschränken dürfe? Die verneinende Antwort war sicherlich die consequentere; das praktische Bedürfniss aber drängte zur bejahenden. Darüber berichtet Gaius IV, 58, 59:

> Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur, falsa demonstratione rem non perimi. Sed sunt qui putant minus recte comprehendi, ut qui forte Stichum et Erotem emerit, recte videatur ita demonstrare: „quod ego de te hominem Erotem emi", et si velit de Sticho alia formula agat, quia verum est eum qui duos emerit, singulos quoque emisse, idque ita maxime Labeoni visum est; sed si is qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat; idem et in aliis actionibus est, veluti commodati et depositi.

Es ist selbstverständlich, dass diese Möglichkeit der formellen Beschränkung der Klage die materielle Einheit des Geschäfts nicht aufhebt und daher weder dem Kläger noch dem Beklagten die Freiheit, dieselbe geltend zu machen (z. B. im Falle der L. 44 D. h. t.) entzieht; insoferne ist die Argumentation des Labeo nicht ganz zutreffend. Seine Ansicht ist aber im späteren Recht recipirt. Darauf bezieht sich die Aeusserung von Ulpian in

1) L. 44 D. h. t.

2) L. 34 pr. §. 1; L. 35 D. de aed. ed. (21, 1); L. 38 §. 12, 13, L. 59 pr., L. 64 pr. §. 1 D. eod.; L. 42 D. de a. e. v. (19, 1); vgl. L. 22 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

L. 33 D. de a. e. v. (19, 1). Et si uno pretio plures res emtae sint, de singulis ex emto et vendito agi potest,

und auch Callistratus hat in L. 72 D. de evict. (21, 2) offenbar dieses Verhältniss im Auge. Unter der Voraussetzung selbständiger Kaufgeschäfte, die nur in einer Urkunde zusammengefasst sind, hat die ganze Erörterung keine Spitze; auch ist wiederholt die Einheit des Kaufes betont. Für diesen Fall aber ist es von Bedeutung, dass die Klage wegen Eviktion für jede Sache einzeln angestellt werden kann[1]).

III. Eine Mehrheit von gleichartigen Sachen kann unter einer Collektivbezeichnung verkauft werden; darin liegt regelmässig der Ausdruck des auf die Einheit des Geschäfts gerichteten Willens. Unbeschadet der letzteren kann aber die Preisbestimmung verschieden sein.

1) Man spricht vom Kauf in Bausch und Bogen (emtio per aversionem), wenn auch der Preis einheitlich bestimmt ist[2]). Es kann aber

2) der Preis nach der Stückzahl bestimmt sein. Gleichwohl ist auch unter dieser Voraussetzung der Kauf ein einheitlicher, sofern nur eben die Sachen als Stücke des Collektivum, nicht als einzelne gekauft sind.

Immerhin aber besteht zwischen dieser doppelten Art der Preisbestimmung nicht nur ein thatsächlicher, sondern auch ein rechtlicher Unterschied, der sich auch nicht blos in dem Uebergang der Gefahr erschöpft (S. 341). Denn ist

1) ein Gesammtpreis gesetzt, so ist damit an und für sich weder eine bestimmte Abgränzung des Collektivum noch eine darauf bezügliche Zusage verbunden; insofern hat das Geschäft möglicher Weise für beide Contrahenten etwas Gewagtes. Für den Käufer tritt dieses Moment insonderheit darin hervor, dass er wegen einzelner Stücke keine Eviktionsansprüche hat; diese treten erst hervor, wenn ihm nicht einmal so viel Stücke verbleiben, als für den Begriff des Col-

1) Vgl. noch L. 17 §. 4 D. commod. (13, 6); Keller-Wach §. 44 A. 512; Bekker, Aktionen I, 345.

2) Universaliter uno pretio emere, L. 35 §. 6 D. h. t.; emtio per aversionem L. 62 §. 2 D. h. t.; L. 4 §. 1, 2 D. de peric. (18, 6). Vgl. L. 1 §. 15 D. de exercit. (14, 1); L. 10 §. 2 D. de lege Rhodia de iactu (14, 2), L. 36, L. 51 §. 1 D. loc. (19, 2).

lektivum nöthig sind. In ähnlicher Weise verhält es sich mit der Haftung für die Mängel[1]).

Nach beiden Seiten hin kann das Gewagte durch besondere Verabredung ausgeschlossen oder gemindert werden; zu Gunsten des Käufers durch die Zusage einer bestimmten Stückzahl, zu Gunsten des Verkäufers, durch die Feststellung eines Maximum von Stücken, über welches hinaus seine Verbindlichkeit, für diesen Preis zu leisten, nicht reicht[2]).

Dass der Uebergang der Gefahr hier keinen andern Grundsätzen unterliegt, wie im Falle des Einzelkaufs, ist in L. 62 §. 2 D. h. t. noch besonders betont[3]).

2) Wird dagegen der Preis nach der Stückzahl festgesetzt, so ist damit zugleich der Umfang des Collektivum bestimmt (so wie er sich durch das Zählen ergeben wird), und der Käufer ist insofern in der nämlichen Lage, wie wenn er die einzelnen Stücke einzeln gekauft hätte.

Dagegen besteht hier für den Käufer eine andere Gefahr, nämlich die, dass die Stückzahl grösser ist als seiner Berechnung entspricht. Wider dieselbe kann er sich sicherstellen durch die vertragsmässige Festsetzung eines Maximum von Stücken, über welches hinaus er den Preis nicht zu bezahlen braucht — sei es, dass er die überzähligen Stücke auch nicht erhält[4]), sei es, dass ihm dieselben unentgeltlich, d. h. als Accessionen überlassen werden müssen[5]).

1) L. 33 pr. D. de aed. ed. (21, 1); L. 5 D. de evict. (21, 2).

2) Natürlich kann auch eine gewisse Stückzahl als Bedingung gesetzt sein.

3) Vgl. L. 14 §. 1 D. de peric. (18, 6).

4) Das „Zählen" hat dann zugleich die Bedeutung des „Auszählens". Auf diese doppelte Bedeutung des Zählens hat bereits Göschen Vorlesungen Bd. II S. 595 aufmerksam gemacht.

5) Von dem im Text besprochenen Verhältniss handelt ohne Zweifel, in Beziehung auf hängende Früchte, die allerdings nicht ganz durchsichtig redigirte L. 39 §. 1 D. h. t. von Julian. Der festgesetzte Preis ist nicht als Gesammtpreis, sondern als Maximalpreis zu verstehen, der Käufer hat den Preis zu zahlen für die wirklich bezogene Zahl von Pfunden, aber so, dass diese nicht mehr als zehn betragen darf. Vgl. über diese Stelle Vangerow Bd. III S. 426. An dieselbe schliesst sich der höchst überflüssige Begriff der emtio rei speratae an.

In ähnlicher Weise kann eine Maximalzahl von Stücken auch zu Gunsten des Verkäufers bestimmt sein [1]).

Endlich aber kann dieses Maximum auch die Bedeutung einer vom Verkäufer übernommenen Garantie haben, dass mindestens so viele Stücke vorhanden sind [2]).

IV. Auch ein Collektivum von ungleichartigen Gegenständen (Pekulium, Handelsgeschäft, Vermögen eines Lebenden u. s. w.), ist Object eines einheitlichen Kaufes. Nur wird hier nicht leicht von einer Preisbestimmung nach dem Stück die Rede sein können; wohl aber ist dieselbe nach einzelnen Gattungen der zugehörigen Objecte und hier dann etwa wieder nach dem Stücke denkbar. Soferne diese möglicher Weise sehr complicirten Bestimmungen nur Faktoren des einheitlich gewollten Preises sind, ist die Einheit des Geschäfts gewahrt. Vorsorgliche Festsetzungen eines Maximalpreises sind auch hier in entsprechender Weise möglich [3]). (Vgl. S. 137).

V. Hieran schliesst sich unmittelbar der Kauf einer universitas iuris (der Erbschaftskauf) an. Derselbe ist nothwendig ein Einheitskauf, und auch der Preis wird hier regelmässig, wenn auch nicht nothwendig, von Anfang an als Einheitspreis bestimmt sein [4]).

§. 221.

VI. Mit dem Kaufobject können andere Sachen als Neben-

1) Vgl. L. 60 D. h. t.; L. 54 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1); L 38 pr. D. eod.

2) Durch diese verschiedenen Modalitäten der Preisbestimmung nähert sich der Kauf eines Collektivum sehr entschieden dem Kauf einer einheitlichen theilbaren Sache, deren Preis auch entweder als einheitlicher oder nach Maass und Gewicht bestimmt wird, und womit ganz entsprechende Cautelen zu Gunsten dieser oder jener Partei verbunden sein können. Aber auch der Kauf von Grundstücken bietet ganz parallelle Erscheinungen dar. Dieser Punkt ist hier nicht weiter zu verfolgen.

3) L. 33 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

4) L. 33 pr. D. cit. — Die Eigenthümlichkeiten dieses Kaufs sind hier noch nicht weiter zu erörtern. Vgl. im Allgemeinen Pernice Labeo Bd. I S. 343; Birkmeyer, das Vermögen S. 50 fgg., insbesondere S. 62.

sachen (Accessionen) verbunden sein [1]; von denselben sagt man wohl, dass sie in den „Kauf gegeben werden“; man bezeichnet sie daher auch als Dareingaben.

Diese Art der Verbindung mehrerer Sachen kann vor Allem

A. ebenfalls auf Vertrag beruhen [2]). Für die betreffende An- und Zusage des Verkäufers gebrauchen die Quellen häufig die Formel accessurum aliquid dicere.

Dieses Verhältniss gestaltet sich auf Grund der Quellen in folgender Weise:

1) Vertragsmässig kann überhaupt alles, was selbständig verkäuflich ist, auch als Accession eines andern Objects bestimmt werden, ohne dass weder das Werthverhältniss noch die objective Beziehung der Sachen in Betracht kommt [3]).

Hievon gibt es eine doppelte Ausnahme:

a) Nach dem Edikt der Aedilen durften Sklaven nicht als Accessionen einer Sache von geringerem Werth, soferne diese nicht selbst ein Sklave ist, verkauft werden.

L. 44 pr. D. de aed. ed. (21, 1) (Paulus lib. II ad. edict. aed. cur.).

Justissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne quae fraus aut Edicto aut iuri civili fieret.

Für das ausgebildete klassische Recht hat diese Motivirung keinen rechten Sinn mehr. Solange aber das aedilitische Edict auf Sklaven beschränkt war, konnte es allerdings dadurch umgangen werden, dass eine andere Sache als Hauptobject vorgeschoben wurde; denn die Accession als solche ist nicht Gegenstand der von den Aedilen geforderten Stipulationen. Allein schon zu Gaius Zeit war anerkannt, dass sich die aedilitische Garantiepflicht direkt auch auf die accessionsweise verkauften Sklaven erstrecke [4]). Auch der Evictionsanspruch, soweit er unmittelbar auf ius civile beruht und also mit actio emti geltend gemacht werden kann, er-

1) Vgl. Brinz Pand. II, S. 703. Ueber den Unterschied der Accession in diesem Sinne vom Bestandtheil einer universitas rerum cohaerentium vgl. L. 44 D. de evict. (21, 2).

2) Im heutigen Recht kann derselbe natürlich auch nachträglich hinzugefügt werden.

3) L. 34 pr. D. h. t.; L. 44 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

4) L. 32 D. de aed. ad. (21, 1).

streckt sich im klassischen Recht auf die (vertragsmässigen) Accessionen[1].

Möglicher Weise kommt aber noch folgender Umstand in Betracht. Wie Paulus in dem sich unmittelbar anschliessenden §. 1 mittheilt, hat der Käufer, welcher von mehreren Sklavenhändlern einen gemeinschaftlichen Sklaven kauft, die ädilitischen Klagen gegen jeden, dessen Antheil grösser oder doch nicht kleiner ist als der der andern, in solidum, und zwar offenbar auch dann, wenn der Verkauf selbst nur von einem derselben abgeschlossen ist: quia plerumque venaliciarii ita societatem coëunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. Dieser Vortheil konnte dadurch entzogen werden, dass der Sklave als Accession verkauft wurde; die Person des Haftenden und der Umfang der Haftung der verkaufenden Socien bestimmt sich hier ausschliesslich nach dem ius civile. Sicher lässt sich hierüber freilich bei der Beschaffenheit der Quellen nichts ermitteln; wissen wir doch nicht einmal, ob der Kauf, bei welchem ein Sklave in unzulässiger Weise als Accession verkauft wurde, nichtig war oder in welcher Weise sonst das Verbot der Aedilen zur Geltung gelangte.

Jedenfalls war die praktische Bedeutung des letzteren im späteren Recht so gering, dass man dafür eine innere Begründung suchte, nämlich die Würde des Menschen:

> ut Pedius ait, propter dignitatem hominum,

ein Gesichtspunkt, von dem sich ja die spätere Jurisprudenz auch sonst vielfach — zu ihrer Ehre sei es gesagt — leiten liess[2]. Sieht man aber hievon ab, so bleibt in der That kein triftiger Grund über; das blose Missverhältniss des Werthes würde ja zu viel weitergehenden Consequenzen führen;

> alioquin eandem rationem fuisse et in caeteris rebus; ridiculum namque esse tunicae fundum accedere[3].

Dieser letztere Satz darf nicht so verstanden werden, als sollte die rechtliche Zulässigkeit des Accessionsverhältnisses in dem gewählten Beispiel verneint werden; gerade weil es

1) Ausgeschlossen ist nur das Verlangen der duplae promissio bezüglich der Accession, L. 11 §. 17 D. de a. e. v. (19, 1).

2) Man denke daran, dass der Mensch nicht als Frucht behandelt wird. L. 28 D. de usur. (22, 1), L. 27 pr. D. de h. p. (5, 3); L. 68 pr. D. de usufr. (7, 1).

3) In ihrer vorliegenden Gestalt ist die L. 44 pr. D. cit. einiger-

trotz der Lächerlichkeit zulässig ist, muss nach der Meinung des Juristen die Unstatthaftigkeit beim Sklaven auf einem anderen Grunde beruhen.

b) Für das heutige Recht ist daran zu erinnern, dass die Firma nur als Accession verkauft werden kann[1]).

Abgesehen von dieser letzteren Ausnahme beruht also im heutigen Recht das Accessionsverhältniss schlechthin nur auf dem Willen der Contrahenten; jedes Kaufobject kann sowohl als Hauptsache wie als Accession verkauft werden. Regelmässig freilich wird im letzteren Fall auch eine objective Beziehung der Ueber- und Unterordnung zu Grunde liegen, und ganz ohne rechtliche Bedeutung ist daher auch jener Eindruck des Lächerlichen nicht, von welchem Pedius spricht. Es ist dann zunächst zu prüfen, ob wirklich die Parteien das Verhältniss von Haupt- und Nebensache und nicht vielmehr ein Verhältniss der Coordination (I und II) bestimmen wollten; und im bejahenden Fall wird sich möglicher Weise ein Zweifel an der Ernstlichkeit der Absicht, die Vermuthung von Simulation ergeben. Ist aber das Lächerliche ernstlich gemeint, so ist auch das Geschäft giltig.

2) Zunächst mögen nun die wichtigsten Beispiele, welche die Quellen darbieten, hier zusammengestellt sein. Dieselben bestätigen durchaus die eben gemachte Bemerkung.

a) Als Accessionen des Grundstücks können verkauft sein die darauf befindlichen Sklaven, alle oder einige[2]); ferner

b) das instrumentum fundi. Nicht minder aber auch einzelne Stücke des Inventars; als solche werden namentlich öfter die Fässer genannt, entweder sämmtliche oder eine bestimmte Anzahl aus dem Vorrath[3]); desgleichen

c) eine Servitut, welche der Verkäufer als Eigenthümer eines benachbarten Grundstücks sich einzuräumen verpflichtet[4]).

massen zusammenhangslos; ohne Zweifel haben Streichungen stattgefunden.

1) Oben S. 133 und Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9 S. 1.

2) L. 32 D. de aed. ed (21, 1).

3) L. 33 pr. D. eod.; L. 40 §. 5 D. h t.; L. 26, 27,; L. 54 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1).

4) Hieher gehört ohne Zweifel L. 40 §. 1 D. h. t.; vgl. L. 6 pr. D.

d) Als Accession des Sklaven sein Pekulium [1]).

Dagegen müssen von den Accessionen als nebensächlichen Kaufobjecten die sonstigen Nebenleistungen unterschieden werden, zu welchen sich der Verkäufer verpflichtet. Auch darauf wird wohl gelegentlich der Ausdruck accessurum dicere angewendet [2]). Diese Verhältnisse werden im nächsten Abschnitte besprochen werden.

3) Indem die Parteien ein Object als Nebensache bezeichnen, geben sie zu erkennen, dass der Schwerpunkt des Interesses am Vertrage nicht dahin, sondern in die „Hauptsache“ fällt. Nicht um das ökonomische Interesse der einen Partei, namentlich des Käufers, handelt es sich dabei; dieses kann sich, wie ja auch in den Quellen selbst (L. 44 pr. D. cit.; L. 34 pr. D. h. t.) hervorgehoben ist, auf die Accession sogar in stärkerem Grade beziehen, als auf die Hauptsache. Aber in der Willenseinigung tritt die Hauptsache in den Vordergrund; der Kaufvertrag ist geschlossen über die Hauptsache, nicht über die Nebensache.

Daraus folgt unmittelbar, dass

a) der Kauf trotz der Nichtexistenz der Accession giltig ist [3]), während im Fall der Nichtexistenz der Hauptsache auch die Accession nicht verkauft ist [4]).

b) Das Missverständniss über dieselbe äussert nicht die nämliche Wirkung, wie dasjenige über die Hauptsache; der Vertrag ist gleichwohl giltig [5]).

c) Die Redhibition der Hauptsache erstreckt sich immer auch auf die Accession, selbst wenn sie fehlerfrei ist. Auch im Uebrigen ergreift die Aufhebung des Vertrags zugleich die Accession [7]).

comm. praed. (8, 4); der Ausdruck servitutem accessuram esse ist zweideutig und bezeichnet auch die Garantie für eine vorhandene Servitut; z. B. L. 6 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1); L. 66 pr. §. 1 D. h. t.

1) L. 44 pr. D. de aed. ed. (21, 1) und öfters.

2) So von den Miethgeldern: L. 68 pr. D. h. t.; L. 53 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

3) L. 26 D. de a. e. v. (19, 1).

4) Arg. L. 5 D. 33, 7. A. A. Brinz A. 16.

5) L. 34 pr. D. h. t.

6) L. 33 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1); L. 6 §. 1 D. de leg. commiss. (18, 3).

4) Gleichwohl aber ist die Accession zugesagt und daher ein Theil des Geschäfts [1]), wie sie ja insbesondere für die Preisbestimmung von Einfluss ist. Daher entstehen Ansprüche für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung dieser Zusage. Hervorzuheben sind hier folgende Sätze.

a) Im Fall des Missverständnisses gebührt dem Käufer die Accession, an welche der Verkäufer gedacht hat. Diesem entsteht kein Schaden, wenn sie werthvoller ist; im entgegengesetzten Falle hat es sich der Käufer zuzuschreiben, dass er nicht deutlicher gesprochen hat [2]).

b) Die Zusage kann sich nicht nur auf wirklich oder angeblich vorhandene, sondern auch auf erst anzuschaffende Accessionen beziehen; mit andern Worten, die Accession kann, wie die Hauptsache, individuell (oder als Theil eines bestimmten Vorraths), sie kann aber auch generell bestimmt sein [3]).

c) Sofern es sich um vorhandene Accessionen handelt, haftet der Verkäufer auch für ihre Brauchbarkeit. Dieser Satz ist wiederholt in Anwendung gebracht bezüglich der mitverkauften Fässer [4]).

d) Die aedilitischen Klagen sind auch wegen mangelhafter Beschaffenheit der Accessionen zulässig; aber die Redhibition kann sich nicht auch auf die Hauptsache [5]) erstrecken.

1) L. 31 §. 25 D. de aed. ed. (21, 1). Quod emtioni accedit partem esse venditionis prudentibus visum est.

2) L. 34 pr. D. h. t. Vgl. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 588 Anm. 591, wo die weitere, theilweise wenig erquickliche Literatur über diesen, wie mir scheint, sehr einfachen Fall verzeichnet ist.

3) L. 40 §. 5; L. 60 D. h. t.; L. 28, 38 pr.; L. 54 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1). — Hieher gehört namentlich auch das Versprechen der Lieferung solcher Accessionen, welche, wenn sie vorhanden wären, unter den Begriff der gesetzlichen Accessionen fallen würden.

4) L. 33 pr. D. de aed. ed. (21, 1); L. 27 D. de a. e. v. (19, 1). Von durchlöcherten Fässern handelt auch L. 19 §. 1 D. loc. (19, 2). Ob eine Ausnahme oder, wie Ulpian in L. 33 pr. D. cit. ausdrücklich hervorhebt, eine Anwendung allgemeiner Principien vorliegt, ist hier nicht zu untersuchen; jedenfalls besteht kein Grund, die Bestimmung blos auf Fässer zu beschränken. Auch andere unbrauchbare Accessionen sind eben — keine. — Ueber L. 54 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1) siehe den folgenden Paragraphen.

5) L. 32 D. de aed. ed. (21, 1). Wohl aber kann mit der actio qu. m. nicht nur der Minderwerth der Accession, sondern auch der da-

e) Gegen die Gefahr der Eviktion kann keine selbständige duplae stipulatio verlangt werden, noch erstreckt sich die über die Hauptsache geschlossene ohne Weiteres auf die Accession; aber mittelst der actio emti kann volle Entschädigung gerade wie bezüglich der Hauptsache, verlangt werden [1]).

Selbstverständlich finden diese Sätze dann keine Anwendung, wenn die Accession ein Collektivum (oder eine universitas iuris) ist, für dessen einzelne Stücke, auch wenn es als Hauptobject verkauft wird, keine Haftung besteht [2]).

5) Was endlich die, nur partikularrechtlich relevante Form des Geschäfts anlangt, so muss unterschieden werden:

a) die des Vollzugs. Dieselbe kann selbstverständlich nicht dadurch umgangen werden, dass die Parteien willkürlich eine Sache, für die sie vorgeschrieben ist, zur Accession einer andern machen, für die sie nicht besteht. Dass an Sklaven, die als Accessionen verkauft wurden, das quiritarische Eigenthum ohne Mancipation u. s. w. übergegangen, wenn nur die Hauptsache eine res nec mancipi war, wird schwerlich Jemand glauben. Aber auch

b) die Form des Contrakts kann nicht auf jene Weise willkürlich umgangen werden [3]). Dieselbe ist aber nur bezüglich der Accession, nicht auch um ihretwillen bezüglich der Hauptsache nothwendig.

§. 222.

B. Es gibt gewisse Sachen, deren Eigenschaft als Accessionen — oder wie man in dieser Anwendung auch sagt — als Pertinenzen des Kaufobjects selbstverständlich ist, soferne nicht eine entgegengesetzte Verabredung vorliegt.

Von diesen „Zubehörungen" im engeren Sinn kann man gar nicht ohne Weiteres sagen, dass die empirische Absicht

durch verursachte Minderwerth der Hauptsache geltend gemacht werden, und es kann daher auch die Redhibition der letzteren sich als Ergebniss herausstellen.

1) L. 11 §. 17 D. de a. e. v. (19, 1); L. 16 pr. D. de evict. (21, 2).

2) L. 32, 33 pr. D. de aed. ed. (21, 1); L. 5 D. de evict. (21, 2).

3) Die entgegengesetzte Ansicht hat das O.A.G. in Wiesbaden in einem höchst bedenklich motivirten Urtheil ausgesprochen. Seuffert's Archiv Bd. 12 S. 185.

immer auf sie gerichtet und nur nicht immer ausgesprochen ist; sehr wohl kann im concreten Falle bei beiden Contrahenten oder bei einem derselben Vorstellung und Absicht fehlen[1]). Gerade hier liegt einer der Fälle vor, wo die Rechtsordnung ergänzend und ausfüllend in die Lücken, welche der Einzelwille offen lässt, eintritt (oben S. 56). Die Pertinenzeigenschaft beruht auf gesetzlicher Vorschrift, die ihre innere Berechtigung aus der durchschnittlichen Erfahrung ableitet. Ebendeshalb aber handelt es sich lediglich um dispositive Bestimmungen, die durch entgegengesetzten Willen ausgeschlossen werden können[2]).

Die Zahl dieser „gesetzlichen“ Pertinenzen beim Kauf ist nach römischem Rechte sehr gering. Eine ganz andere Bedeutung haben dieselben für die Vermächtnisse. Dort liegt ein „Geschäft“ vor, das eine ergänzende Ausdehnung auf andere Objecte nur in beschränkter Weise zulässt; sehr rasch ist hier der Punkt erreicht, wo die fürsorgende Thätigkeit für die eine Partei in eine ungerechte Benachtheiligung der andern umschlagen würde; ganz anders wie beim Vermächtniss, wo es sich um die liberale Auslegung und Ergänzung einer wohlwollenden Absicht handelt.

Darum ist es, wie ich glaube, auch nicht zulässig, gerade für den Kauf eine Definition dieser gesetzlichen Pertinenzen aufzusuchen und aufzustellen. Wenn irgendwo, so gilt hier der Satz „omnis definitio in iure periculosa“, wie denn auch vielleicht auf keinem Gebiete die localen Anschauungen und Gewohnheiten manchfacher sind als auf diesem.

Wir beschränken uns daher hier zunächst darauf, die in den Quellen vorkommenden Beispiele aufzuführen. Dieselben beziehen sich fast nur auf Grundstücke, und auch die Gränzlinie zwischen „Pertinenz“ und „Bestandtheil“ ist dabei keineswegs immer scharf gewahrt[3]).

1) Dem Käufer gebühren die beim Kaufabschlusse stehen-

1) Quid ergo si nihil de ea re neque emtor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenire solet? L. 38 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

2) Wofür der vieldeutige Ausdruck excipere gebraucht wird.

3) Ueber den Sprachgebrauch der Quellen vgl. meine Schrift, „über den Eigenthumserwerb durch Accession“ S. 9.

den oder hängenden Früchte [1]). Damit ist einmal gesagt, dass er, wenn er sie percipirt, sie weder herauszugeben noch eine besondere Vergütung dafür zu leisten braucht, und umgekehrt, dass der Verkäufer, wenn er sie vorher wegnimmt, den Schaden ersetzen muss.

2) Pertinenzen sind ferner die bleibend verwendeten Werkzeuge zum Wasserschöpfen und Wasserpumpen [2]), welche zur Ausübung des dem Grundstück zustehenden Rechts der Wasserleitung dienen, auch dann, wenn dieses Recht selbst durch Nichtgebrauch verloren ist [3]).

3) Die in den Grund und Boden eingelassenen Fässer, sofern das Grundstück selbst oder der betreffende Theil desselben den Charakter eines Vorrathsraums hat (horreum), wogegen Fässer und sonstige Gefässe, auch Keltern, die im Wohnhause eingegraben sind, nicht hieher gehören [4]).

4) Beim Hause insbesondere sind Pertinenzen die (marmornen) Wandverkleidungen, Statuen, eingefügten Gemälde; ebenso auch Friese, Reliefs, Wandschränke, eingefügte Gläser, Spiegel u. s. w. [5]). Wenn dabei gelegentlich wohl auf das Merkmal des affixum esse Gewicht gelegt wird [6]), so ist dies nicht in dem Sinne gemeint, als ob alles „Niet- und Nagelfeste“ Accession wäre; sondern unter den res affixae sind diejenigen Zuthaten zu verstehen, die eben durch ihre mechanische Verbindung zugleich architektonische Bestandtheile (pars aedium) des Hauses werden, so dass durch ihre Wegnahme eine Lücke oder Veränderung in der Architektur ent-

1) L. 13 §. 10 D. de a. e. v. (19, 1) — fructus emtori cedunt; L. 13 C. eod. (4, 49) — emtoris spectant personam. Gegentheilige Verabredung L. 40 §. 3, 4 D. h. t.

2) L. 40 §. 6 D. h. t.; L. 15, L. 17 §. 7, L. 38 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1). — Auch das Wasserreservoir ausserhalb des Hauses (castellum), L. 78 pr. D. h. t.

3) L. 47—49 D. h. t.

4) L. 76 pr. D. h. t.; arg. L. 54 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1); L. 17 pr. D. eod.; L. 93 §. 4 D. de leg. III (32); L. 15 D. de tritic. (33, 6).

5) L. 34 pr. D. h. t; L. 17 §. 3, § 9 D. de a. e. v. (19, 1). — Dass nur die Statuen gemeint sind, welche perpetui usus causa aufgestellt sind, z B. zur Verzierung der Treppen, versteht sich von selbst; L. 17 §. 7 D. de a. e. v. (19, 1); L. 245 pr. D. de V. S. (50, 16); L. 41 §. 9 D. de leg. I (30); L. 12 §. 24 D. de instr. (33, 7).

6) L. 12 §. 23, 24 D. de instr. (33, 7); L. 245 pr. D. de V. S.

steht. In Wirklichkeit handelt es sich um Bestandtheile. Allein Bestandtheile können auch, — wenn die blose Vermeidung der Lückenhaftigkeit in Betracht kommt, durch andere ersetzt werden; indem die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Gegenstände dieser Art als zugehörig bezeichnet werden, ist damit gesagt, dass der Verkäufer nicht berechtigt ist, sie durch andere minder werthvolle Objekte derselben Art zu ersetzen.

5) Ebenso sind Pertinenzen die Schlüssel und (beweglichen) Schlösser der Gebäude [1]).

6) Ferner diejenigen Bestandtheile, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses vorübergehend vom Gebäude getrennt sind. Dies ist zunächst zweifellos, sofern die Veranlassung der Trennung die Reparatur ist. Die Pertinenzeigenschaft erstreckt sich aber auch auf solche Bestandtheile, die nur während gewisser Jahreszeiten gebraucht und daher periodisch abgenommen werden, sofern sie nur durch ihre Einfügung architektonische Bestandtheile des Gebäudes selbst werden, also Vorfenster und Vorthüren; blose Vorhänge, Portieren, Marquisen u. s. w. sind dagegen keine Accessionen [2]).

7) In gleichem Sinne sind Pertinenzen eines ländlichen Grundstücks die Winterdächer, sodann die Baumpfähle [3]), auch wenn sie vorübergehend herausgenommen, ebenso Baumstützen, welche als solche dauernd verwendet sind [4]).

8) Ferner die gezimmerten Objecte, welche in den Boden eingelassen, nicht auch die, welche nur darauf gestellt sind, wie Vorrathsgefässe (Futterkästen), Lusthäuschen u. s. w. [5]). So würden auch Tische und Bänke, die in den Erdboden eingegraben sind, als Accessionen erscheinen, nicht aber Gartenmeubeln, die blos auf den Boden gestellt, wenn auch vielleicht zur grösseren Sicherheit an demselben festgemacht werden (durch Klammern, Pflöcke u. s. w.)

1) L. 17 pr. D. de a. e. v. (19, 1); L. 12 §. 24 D. de inst. leg. (33, 7).

2) L. 17 §. 10; L. 18 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1); L. 12 §. 25 D. de inst. leg. (33, 7). L. 245 §. 1 D. de V. S.

3) L. 242 §. 4 D. de V. S. (Winterdächer); L. 12 §. 16, 17, 20 D. de inst. leg (33, 7); L. 17 §. 4 D. de a. e. v. (19, 1).

4) L. 17 §. 11 D. de a. e. v. (19, 1).

5) L. 18 pr. D. de a. e. v. (19, 1).

9) Accession der ländlichen Grundstücke ist endlich noch der Vorrath an Dünger und Streu, sofern beides nicht etwa vom Verkäufer zum selbständigen Verkauf angeschafft ist [1]).

Nicht zu den Accessionen gehört dagegen

1) die häusliche Einrichtung, weder die unter den Begriff des instrumentum noch die unter den Begriff der suppellex fallende [2]);

2) die auf dem Grundstück vorhandenen Vorräthe an percipirten Früchten und an Thieren [3]), an Betriebs- und Brennmaterial, möge es vom Grundstück selbst gewonnen oder von aussen her bezogen sein; Vorräthe von Baumaterialien oder sonstigen Bestandtheilen zum Nachbessern und Ergänzen u. s. w. [4]).

Für diese nicht auf den Käufer übergehenden Vorräthe bestand seit alter Zeit die eigenthümliche Bezeichnung ruta caesa [5]), sprachlich zunächst die ausgegrabenen und klein gemachten Vorräthe bedeutend.

Die Definition von Mucius Scaevola [6]):

In rutis caesis ea sunt quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectoriove non continentur,

ist, wenigstens für das spätere Recht, unzutreffend, wie einfach die Behandlung von Dünger und Streu beweist [7]), und auch beim Hause kommen Pertinenzen vor, die nicht opere structili tectoriove tenentur z. B. die ausserhalb des Hauses befindlichen Canäle. Als besondere Beispiele der ruta caesa werden

1) L. 17 §. 2 D. cit. Die früher beliebte Controverse, ob auch das Gutsinventar Pertinenz des Guts ist, kann jetzt wohl als erledigt betrachtet werden.

2) Vgl. Tit. D. 33, 7; 33, 10.

3) L. 15, 16 D. de a. e. v. (19, 1).

4) L. 12 §. 25 D. de instr. (33, 7).

5) Dieselbe findet sich schon bei Cicero (partit. c. 31, top. c. 26, de orat. II, 55) und Varro (de l. l. VII). Festus s. v ruta: Ruta caesa dicuntur quae venditor possessionis sui usus gratia concidit ruendoque extraxit (ruere = eruere).

6) L 241 D. de V. S. Vgl. auch L. 18 §. 1, L. 38 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

7) Freilich kommt auch noch Ulpian mit seiner Definition in L. 17 pr. D. de a. e. v., fundi nihil est nisi quod terra se tenet, arg in die Brüche.

erwähnt: ausgegrabene Kreide und Erde, Kohlenvorräthe, bewegliche Behältnisse (z. B. Hühnerställe).

Dieselben bedürfen beim Verkauf keines Vorbehaltes. Dass ein solcher gleichwohl sehr häufig gemacht wurde, ist nicht auffallend. Schon Scaevola hat sich gegen die in Kaufsurkunden vorkommende Tautologie „ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt" erklärt [1]; ebenso ergibt sich aus Cicero, dass bezüglich der ruta caesa ausdrückliche Vorbehalte gemacht wurden und dass liberale Verkäufer sich wohl auch umgekehrt zu Concessionen in dieser Richtung herbeiliessen [2]. Das Verhältniss im klassischen Recht wird durch folgende Stelle Ulpian's charakterisirt:

L. 17 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1)

Si ruta et caesa excipiuntur in venditione, ea placuit esse ruta, — —; Gallus Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest; neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de arena cavendum est venditori quam de caeteris quae sunt pretiosiora.

In Beziehung auf bewegliche Sachen enthalten die Quellen merkwürdiger Weise nur zwei Bestimmungen,

1) eine negative, dass das Pekulium des Sklaven nicht stillschweigend mitverkauft ist [3], und

2) eine positive; das Edikt der Aedilen bezeichnet als Zugaben des verkauften Thieres die ornamenta, mit welchen es bei Gelegenheit des Kaufs geschmückt war:

L. 38 pr. D. de aed ed. (21, 1):

utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur [4]).

Ohne Zweifel kennt der heutige Verkehr auch stillschweigende Zugaben beweglicher Sachen, wenn auch die Bestim-

1) L 66 §. 2 D. h t.

2) Topic. h. t. — fecique quod saepe liberales venditores facere solent, ut quum aedes fundumve vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquod emtori quod ornandi causa apte et loco positum videatur.

3) L. 29 D h. t.; L 3 D. de evict. (21, 2),

4) Vgl. §. 11 D. eod.

mung des ädilitischen Edikts nicht ohne Weiteres eine analoge Ausdehnung oder principielle Ausgestaltung zulässt [1]).

Eine Casuistik muss auch hier durchaus vermieden werden; ich beschränke mich daher nur auf eine Bemerkung. Als Dreingabe wird vielfach die Umhüllung (Schachtel, Etui u. s. w.) zu betrachten sein, in welcher die Sache dem Käufer zum Verkauf angeboten wird; aber doch nur unter der Voraussetzung, dass dieselbe ersichtlich für diese Sache und nicht zur Aufnahme neuer Sachen beim Verkäufer bestimmt ist. Am nächsten wird die Annahme des Pertinenzverhältnisses da liegen, wo ein Collektivum von Sachen (ein Spiel u. s. w.) sich in einer Umhüllung befindet; ebenso da, wo der Besitz der Umhüllung für den Käufer als Beweismittel für die zugesagten Eigenschaften der Sache (Ursprung u. s. w.) von Interesse ist. Die Anwendung auf Flüssigkeiten ergibt sich hienach von selbst.

Die gesetzlichen Accessionen sind

1) nur zu leisten, soferne sie wirklich vorhanden sind; eine gesetzliche Verpflichtung, mangelnde Accessionen zu ersetzen, oder wie man dies auch ausdrücken kann, eine gesetzliche Verpflichtung zur Lieferung derselben gibt es nicht. Solche Verpflichtung beruht entweder auf Zusage oder auf Betrug [2]).

2) Auch die vorhandenen Accessionen werden nur so geleistet, wie sie beschaffen sind; es besteht weder Haftung für Mängel noch für Eviktion.

3) Ja sogar die Zusage des Daseins derselben gilt nicht ohne Weiteres auch als Zusage ihrer Brauchbarkeit [3]).

4) Umgekehrt sind diese Zugaben auch im Interesse des Verkäufers; er braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass der Käufer sie unter Abzug vom Kaufpreis zurückweist.

1) Denn wenn man etwa sagen wollte, die Sache sei zu leisten mit den Zuthaten, mit denen sie beim Angebot zum Verkauf versehen war, so würden sich daraus sofort ganz unhaltbare Consequenzen ergeben. Dann wäre z. B. auch das Halsband eines Hundes stillschweigend mitverkauft.

2) Vgl. L. 15 D. de tritico (33, 6).

3) L 54 §. 1 D. de a e. v. (19, 1).

Vierter Abschnitt.

Vertragsmässige Nebenleistungen.

§. 223.

Die vertragsmässigen Leistungen der Contrahenten sind nicht auf das Kaufobject und den Preis beschränkt; auf beiden Seiten kann auch die Verpflichtung zu anderweitigen Leistungen hinzukommen. Indem wir von diesen vertragsmässigen Nebenleistungen diejenigen Verabredungen unterscheiden, welche sich lediglich auf den Vollzug als solchen beziehen und die denselben betreffenden dispositiven Rechtssätze ausschliessen oder modificiren [1]), stellen wir zunächst die folgenden allgemeinen Sätze auf.

I. Die vertragsmässige Nebenleistung findet ihr Aequivalent in der Gegenleistung; diese wird mit Rücksicht darauf höher bemessen als es ausserdem der Fall wäre. Daraus folgt, dass die Giltigkeit der Verabredung nicht von dem Nachweise eines besonderen vermögensrechtlichen Interesses abhängig ist; auch solche Leistungen, die unmittelbar nur ein Affektionsinteresse des Berechtigten befriedigen, haben gerade um jener Beziehung zur Gegenleistung willen ohne Weiteres einen Geldwerth.

Dieser Gedanke kommt in den Quellen wiederholt zum Ausdruck [2]); am klarsten ist er von Papinian in der berühmten Stelle ausgesprochen, worin er seine frühere idealistische Anschauung, dass Conventionalstrafen zum Nachtheil des verkauften Sklaven nur unter der Voraussetzung eines besondern pecuniären Interesses giltig seien — zu Gunsten der Ansicht des Sabinus zurücknimmt, dass das Interesse bereits durch die Bestimmung des Kaufpreises gegeben ist [3]).

1) Hieher gehören z. B. die Verabredungen in Beziehung auf Tragung der Gefahr; ferner der Creditvertrag, das pactum hypothecae und das den Quellen unbekannte pactum reservati dominii. Auch Verträge über den Erfüllungsort gehören hieher, — anders als die Nebenverabredungen bezüglich des Transports. Dass auch diese Modificationen Einfluss auf den Kaufpreis haben, versteht sich von selbst

2) L. 21 §. 4 D. de a. e v. (19, 1) — „quasi in partem pretii ea res sit“ —; L. 79 D. h. t. — „nam hoc ipsum pretium fundi videretur.“

3) L 6 §. 1 D. de serv. export. (18, 7). Si quid emtor contra

Dass gleichwohl schlechthin unsittliche Verabredungen ohne Weiteres nichtig sind, versteht sich von selbst [1].

II. Ob im einzelnen Fall die Gegenleistung wirklich mit Rücksicht auf die Nebenverpflichtung regulirt worden ist, bedarf nicht erst des besonderen Nachweises. Vielmehr ist hier, gerade wie bezüglich der vertragsmässigen Accessionen, ohne Weiteres selbstverständlich, dass die Gegenleistung mit Rücksicht auf alle concreten Umstände bestimmt ist [2].

Gegenüber einer Nebenverpflichtung des Verkäufers ist es freilich auch möglich, dass der entsprechende Theil der Gegenleistung formell selbständig festgesetzt wird (als procentualer Zusatz zum Preise oder in anderer Form). Gleichwohl ist es auch dieser ausgeschiedene Betrag lediglich ein Theil des Preises und das Geschäft bewahrt seinen einheitlichen Charakter als Kauf. Damit ist die Möglichkeit besonderer praktischer Consequenzen aus dieser specifischen Art der Bestimmung natürlich nicht in Abrede gestellt.

III. Das Interesse an der Erfüllung ist mindestens immer gleich der Differenz zwischen dem wirklich bedungenen Preise und dem Preise, wie er ohne diese Nebenbestimmung festgesetzt worden wäre; das thatsächliche Resultat der Nichterfüllung ist also je nach den Umständen eine Minderung oder eine Erhöhung des Preises. Es kann aber natürlich auch ein weitergehendes Interesse geltend gemacht werden; unter Umständen kann sich auch die Aufhebung des Vertrags als Resultat ergeben.

quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset, nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset; ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non esset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur. — Die frühere Ansicht Papinians ist in L. 7 D. eod. enthalten. (Vgl. die Inskriptionen beider Stellen). — Für die Frage: ob auch eine formal selbständige Verpflichtung ohne pekuniäres Interesse des Promissars rechtlich bindend ist, kann jene Stelle in keiner Weise verwerthet werden.

1) So war z. B. unzulässig der Verkauf des Sklaven zum Thierkampf, L. 42 D. h. t.

2) L. 6 in fine D. cit.: hoc minoris homo venisse videatur; L. 21 §. 4, L. 79 D. cit.

IV. Nicht ausgeschlossen ist, dass die Erfüllung der Nebenleistung auch noch besonders durch Conventionalstrafe gesichert ist. Wird dieselbe beim Vertragsschluss selbst bedungen, so ist sie sogar formell selbst eine Nebenleistung, welche der Stipulation nicht bedarf [1]). Materiell ist der Charakter der Nebenleistung in jedem Falle gewahrt; die den Contrakt beherrschende bona fides erstreckt sich auch auf die selbständig stipulirte Conventionalstrafe. Insbesondere kann nicht neben derselben auch noch das Interesse geltend gemacht werden, ausser soweit es erweislich die bedungene Strafe übersteigt [2]).

V. Nach römischem Vertragssystem mussten die Nebenverabredungen dem Hauptvertrag selbst eingefügt sein, um an der Klagbarkeit desselben Theil zu nehmen; im heutigen Recht können sie auch nachträglich abgeschlossen werden. Allein mit dieser formellen Frage ist die andere nicht ohne weiteres identisch, ob nicht vielmehr der Abschluss eines neuen, und nicht die Modification des bestehenden und fortbestehenden Kaufvertrags anzunehmen ist. Diese Frage kann vollständig erst in späterem Zusammenhang gelöst werden [3]); hier muss die Bemerkung genügen, dass durch solche nachträgliche Verabredung lediglich das ursprüngliche Verhältniss zwischen Kaufobject und Preis alterirt wird; der Kauf wird dadurch, je nach den Umständen theurer oder billiger, gerade wie durch direkte Erhöhung oder Herabsetzung des Preises. Soweit dieses letztere Resultat unbeschadet der Identität des Geschäfts herbeigeführt werden kann, müssen im heutigen Recht auch jene Bestimmungen als blose Nachträge behandelt werden. (Vgl. unten das siebente Kapitel.)

Dass bei fortdauernder Giltigkeit des Geschäfts die Nebenleistung erlassen werden kann, unterliegt schon im römischen Recht nach keiner Seite hin einem Bedenken.

VI. Da es sich um Nebenleistungen handelt, so sind sie selbstverständlich von der Giltigkeit und vom Bestand des Vertrags grundsätzlich abhängig. Umgekehrt wird die Gil-

1) L. 7 D. cit.

2) L. 28 D. de a. e. v. (19, 1).

3) Gerade um solchen nachträglichen Modificationen den Vortheil der Klagbarkeit zu verschaffen, waren die römischen Juristen theilweise geneigt, Neuabschluss statt blosen Nachtrags anzunehmen.

tigkeit des letzteren durch ihre Ungiltigkeit nicht berührt[1]). Es tritt alsdann eine unwillkürliche — wie im vorigen Fall eine willkürliche Verschiebung des Verhältnisses zwischen den beiden Leistungen ein. Allein solche Verschiebungen können auch sonst eintreten, ohne die Giltigkeit des Geschäfts zu beeinträchtigen; für die Partei, welche die Nebenleistung zu beanspruchen hätte, erscheint nun der Kauf theuerer oder billiger als beabsichtigt war. Die Anfechtung wegen Betruges und wegen laesio enormis[2]) bleibt natürlich vorbehalten.

VII. Daraus folgt ohne Weiteres, dass auch das Missverständniss über Nebenleistungen die Giltigkeit des rechtlich geschlossenen Vertrags nicht berührt. Vielmehr muss hier die oben (S. 367) besprochene Entscheidung bezüglich der Nebensachen analog angewendet werden. Da aber Nebenleistungen auf beiden Seiten vorkommen können, so kann jeder Theil die vom Gegner beabsichtigte Nebenleistung beanspruchen.

In dieser wie in anderen Beziehungen können die Parteien mit Hilfe von Bedingungen eine weitergehende Sicherung ihrer Interessen herbeiführen.

§. 224.

Zum Einzelnen übergehend stellen wir die Erscheinung an die Spitze, dass sogar ein zweiseitiger Vertrag als Nebenleistung vorkommen kann.

In den Quellen erscheint dies Verhältniss in Beziehung auf die locatio conductio rei. Davon handelt die L. 21 §. 4 D. de a. e. v. (19, 1).

> Si tibi fundum vendidero ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit;

und ein noch complicirteres Verhältniss bespricht Javolenus in L. 79 D. h. t.

> Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti ut emtor alteram

1) Dass die Ungiltigkeit der Nebenverabredung den Vertrag grundsätzlich nicht afficirt, ergibt sich namentlich aus L. 6 §. 1, L. 7 D. de serv. expert. (18, 7). — Nachträgliches Wegfallen der Nebenleistung; L. 18 pr. D. de peric. (18, 6). — Ausnahmen kommen bei Zweckbestimmungen vor, die gesetzlich verworfen sind (S. 376 A. 1; S. 391 A. 4.)

2) Ob auch ohne diese Voraussetzungen ein Entschädigungsanspruch besteht, kann erst später untersucht werden.

partem, quam retinebas, annos decem certa pecunia in annos singulos conductum haberet. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi ut id quod convenerit fiat. Ego contra puto, si modo ideo vilius vendidisti ut haec tibi conductio praestaretur, nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat; eoque iure utimur.

Da die Miethe selbst ein formloser klagbarer Vertrag ist, so stellten ältere Juristen die Erstreckung der Klagen aus dem Kaufcontrakte in Abrede. Die entgegengesetzte Ansicht ist unter der Voraussetzung, dass zwischen beiden Verträgen ein Causalzusammenhang besteht, im römischen Recht anerkannt. Es handelt sich dabei, was noch besonders hervorgehoben sein möge, nicht um einen im Kaufvertrag enthaltenen Vorvertrag noch um eine unwiderrufliche Offerte, sondern der Miethvertrag selbst ist bereits abgeschlossen, und dieser Abschluss erscheint als Nebenleistung des Kaufvertrags, insofern dadurch die Bestimmung des Kaufpreises unmittelbar beeinflusst worden ist [1]). Dass in beiden Stellen das Interesse des Verkäufers betont wird, der, um sich den Miethvertrag zu sichern, billiger verkauft, ist zufällig; auch der Käufer kann, um sich den Vortheil des Miethvertrags zu verschaffen, theuerer kaufen und so kann auch das Interesse gleichzeitig auf beiden Seiten bestehen.

Die rechtliche Bedeutung dieser Zugehörigkeit des Miethvertrags zum Kaufvertrag tritt noch besonders in folgenden Punkten hervor:

1) der Kaufvertrag kann zur Auslegung des Miethvertrags dienen; namentlich in Beziehung auf Statthaftigkeit der Kündigung u. s. w.;

2) die Mangelhaftigkeit des Kaufvertrags hat die des Miethvertrags zur Folge; die Aufrechterhaltung desselben würde eine neue gegenseitige Willensübereinstimmung voraussetzen.

3) Erstrecken sich die Klagen aus dem Kaufcontrakt auch auf die Miethe, so können im heutigen Verfahren die aus letzterer sich ergebenden Ansprüche auch noch innerhalb des bereits anhängig gemachten Rechtstreits aus dem ersteren Vertrag geltend gemacht werden; es liegt keine unzulässige

1) Verschieden ist natürlich der Fall, wo ein in Aussicht stehender Miethvertrag als Motiv für die Preisbestimmung wirkt.

Klagänderung, sondern lediglich Erweiterung des Klagantrags vor [1]). Ebenso kann der Anspruch als Widerklage erhoben werden; die Connexität ist vorhanden [2]).

Selbstverständlich handelt es sich hiebei nicht um eine Singularität der Sachenmiethe. Im heutigen Verkehr kommt namentlich auch das Verhältniss vor, dass der Verkäufer eines Geschäfts zugleich als Geschäftsführer u. s. w. angestellt wird oder sich vertragsmässig als Commanditist betheiligt. Wo immer diese oder ähnliche Verträge auf die Bestimmung des Kaufpreises unmittelbar einwirken, liegt eine Nebenleistung vor, die nur zugleich nach anderer Richtung den Charakter eines auch selbständig klagbaren Vertrages hat [3]).

Als Nebenverpflichtungen auf Seiten des Verkäufers sind die folgenden Beispiele hervorzuheben [4]).

1) Die Verpflichtung, das Kaufobject binnen gewisser Frist von den darauf ruhenden Lasten, Servituten, Hypotheken u. s. w. zu befreien [5]). Auch die Verpflichtung, innerhalb gewisser Frist das Eigenthum der verkauften Sache zu erwerben, wird in diesem Zusammenhang erwähnt. Inwieferne diese Verpflichtungen modificirend in die Garantiepflicht des Verkäufers eingreifen, ist in anderem Zusammenhang darzulegen.

2) Die Verpflichtung, die seit Abschluss des Kaufvertrags oder seit einem späteren Zeitpunkt [6]) fälligen Mieth- und Pachtgelder dem Käufer zu erstatten [7]). Der Verkäufer haftet als-

1) R.C.P.O. §. 240.

2) Daselbst §. 33; vgl. auch §. 273.

3) Der Miethvertrag kommt noch in einer ganz anderen Beziehung als Nebenbestandtheil des Kaufes vor, nämlich insofern der Käufer die Sache bis zur Bezahlung des Preises miethet. L. 20 §. 2 — L. 22 D. loc. (19, 2); L. 16 D. de peric. (18, 6). Dieses Verhältniss, welches mit dem Precarium concurrirt, bezieht sich lediglich auf den Vollzug und gehört daher nicht in diesen Zusammenhang (S. 375).

4) Ganz abgesehen wird hier von das Kaufobject betreffenden Zusagen.

5) L. 41 pr. D. h. t. (Julian).

6) Namentlich kann sich diese Verpflichtung auch über den Zeitpunkt der Tradition hinaus erstrecken. Dies ist der Fall, wenn sich der Käufer verpflichtet, die Miethleute wohnen zu lassen, ohne aber selbst in das Miethverhältniss zu ihnen einzutreten.

7) Ohne solche Verabredung verbleiben sie dem Verkäufer, L. 13 §. 11 D. de a. e. v. (19, 1).

dann auch für die gehörige Sorgfalt im Einsammeln und Beitreiben der Beträge [1]).

3) Die Verpflichtung, dem Kaufobject eine Servitut an einem beim Verkäufer zurückbleibenden Grundstück einzuräumen [2]); auch die Verpflichtung ist denkbar, der Sache eine Servitut am Grundstück eines Dritten zu verschaffen.

4) Die mit verschiedenem Inhalte vorkommende Verpflichtung, die Sache auf Verlangen des Käufers zurückzunehmen, gehört in den Zusammenhang der vertragsmässigen Wiederaufhebung des Geschäfts. (Siebentes Kapitel).

5) Bei Kaufverträgen, welche Fabriken, Handelsgeschäfte u. s. w. zum Gegenstand haben, findet nicht selten die Verabredung statt, dass der Verkäufer ein gleiches oder ähnliches Geschäft innerhalb gewisser zeitlicher oder räumlicher Schranken nicht errichten [3]), noch auch in den Betrieb eines gleichen oder ähnlichen Geschäfts eintreten darf. An einem unbeschränkten Verbot dieser Art hat der Käufer kein vernünftiges Interesse, während dadurch umgekehrt die persönliche Freiheit des Verkäufers in unsittlicher Weise beeinträchtigt würde; dagegen sind räumlich und zeitlich genügend beschränkte Verzichtleistungen dieser Art, die wiederum in der Preisbestimmung ihr Aequivalent finden, durchaus zulässig [4]).

6) Sehr häufig endlich sind im heutigen Verkehr solche Verpflichtungen des Verkäufers, durch welche die thatsächliche Leistung desKaufobjects einen besonderen Zusatz erhält. Solche Verpflichtungen sind vielfach nach dem Geschäftsgebrauch auch ohne ausdrückliche Verabredung anzunehmen, und auch sie

1) L. 68 pr. D. h. t.; L. 13 §. 16, L. 53 pr. D. de a. e. v. (19, 1); L. 58 pr. D. loc. (19, 2).

2) Vgl. L. 6 pr. D. comm. praed. (8, 4); hier wie sonst muss die Verpflichtung der Einräumung als Bestandtheil des Contrakts und die bei der Tradition erfolgende Einräumung selbst unterschieden werden. Hier ist überall nur von der ersteren Beziehung die Rede.

3) Dass diese Verabredung nur obligatorisch, nicht quasidinglich wirken kann, ist nach §. 1 der Reichsgewerbeordnung v. 21. Juni 1869 unzweifelhaft. Für die Zwangsvollstreckung ist C.P.O. §. 775 u. §. 778 massgebend.

4) Vgl. im Allgemeinen Ehrenberg in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 28 S. 25 fgg.

finden — wenn nicht das Gegentheil bedungen ist, in dem festgesetzten Preise ihr Aequivalent [1]). Hieher gehört

a) die Verpflichtung, das Kaufobject an einem bestimmten Ort kunstgerecht aufzustellen (Montiren einer Maschine, Aufstellen eines eisernen Schrankes u. s. w., Aufmachen einer Wanduhr), in Betrieb zu setzen, die allenfallsigen gewöhnlichen Nachtheile des Transports zu beseitigen (Aufpoliren der Meubeln, Stimmen der Instrumente), dem Käufer die nöthige Unterweisung im Gebrauch der Sache zu ertheilen (Nähmaschinen), vielleicht auch selbst eine gewisse Zeit lang den Gebrauch oder Betrieb der Sache zu leiten [2]).

Von diesen Fällen, über deren rechtliche Natur kein Zweifel ist, müssen jedoch diejenigen wohl unterschieden werden, in welchen die Sache mit einer andern verbunden und dadurch ihrer Selbständigkeit dauernd oder vorübergehend beraubt wird. Alsdann überwiegt nämlich der Gesichtspunkt der an dieser andern Sache vollzogenen Thätigkeit und es liegt daher locatio conductio operis vor [3]).

Für das Bauen liegt ausdrückliche Entscheidung in den Quellen vor; das Geschäft ist locatio conductio operis auch dann, wenn der Unternehmer das Material liefert und den Bauherrn durch Einfügen (Tradition) zum Eigenthümer macht [4]).

Was aber vom Bauen im Allgemeinen gilt, das muss auch vom An- und Einfügen einzelner Baumaterialien gesagt werden, schon deshalb, weil sich eine Gränze zwischen dem mehr oder minder umfangreichen Bauen gar nicht ziehen lässt.

Analog tritt die nämliche Behandlung überall da ein, wo der oben hervorgehobene Gesichtspunkt zutrifft, sei es, dass

1) Ob blos die Thätigkeit als solche oder auch die damit verbundenen Auslagen, ist quaestio facti. Der Einfluss solcher Nebenverpflichtungen auf den Uebergang der Gefahr kann in diesem Zusammenhang nicht besprochen werden.

2) Vgl. Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 9 S. 270

3) Die hier besprochenen Fälle dürfen nicht verwechselt werden mit den oben S. 163 erörterten. Die Frage, ob die Herstellung der Sache selbst Kauf oder Miethe, ist wesentlich verschieden von der Frage, ob die Einfügung oder Anfügung einer Sache in eine andere Kauf mit nebensächlicher Thätigkeit, oder Thätigkeit mit Lieferung der Sache, oder ein Complex von zwei Verträgen ist.

4) L. 22 §. 2 D. loc. (19, 2); L. 65 D. h. t. S. oben S. 161.

das Material seine Selbständigkeit juristisch oder nur ökonomisch, dauernd oder vorübergehend verliert. Daher ist z. B. der Vertrag mit dem Gärtner, der die von ihm zu liefernden (wenn auch etwa von mir in specie ausgewählten) Pflanzen in meinem Garten einpflanzt, locatio conductis operis, nicht Kauf, noch Kauf und Miethe; ebenso auch das Beschlagen des Pferdes mit dem vom Schmied gelieferten Hufeisen u. s. w. Die empirische Absicht ist hier überall auf eine an der Hauptsache vorzunehmende Veränderung und Verbesserung gerichtet, wozu sich das zu liefernde Material nur als Mittel verhält; die Absicht, das letztere selbständig zu erwerben, tritt dabei vollständig zurück [1]).

b) Von nicht geringer Wichtigkeit sind ferner im heutigen Verkehr die zusätzlichen Verbindlichkeiten, die der Verkäufer bezüglich des Transports der Sache übernimmt. Diese Verbindlichkeit ist beim Kaufe — im Gegensatz zum Lieferungsgeschäft, immer zusätzlich; denn an sich hat der Verkäufer blos die Verpflichtung, die Sache an Ort und Stelle zur Empfangnahme für den Empfänger bereit zu halten [2]). Unterzieht er sich, ausdrücklich oder stillschweigend, einer weitergehenden Verpflichtung, die dann selbst wieder manchfach abgestuft sein kann, so ist dieselbe gleichwohl eine blose Nebenverbindlichkeit des Kaufgeschäfts, die mit actio emti geltend gemacht wird. Auch die dafür allenfalls besonders bedungene Entschädigung erscheint rechtlich als Zusatz zum Kaufpreis.

Im Einzelnen gibt gerade diese Nebenverbindlichkeit zu vielen Fragen Veranlassung. Es wird zweckmässig sein, die ganze Materie im Zusammenhang der Lehre von der Erfüllung darzustellen.

1) Noch viel zweifelloser ist diese Entscheidung bezüglich der vom Unternehmer zum Zwecke der Adaptirung gelieferten Nebensachen (Nägel, Bindfaden u. s. w.) Auch wenn dieselben speciell verrechnet werden, liegt nicht Kauf vor.

2) Daher ist dieser Fall wesentlich verschieden von dem eines vertragsmässig bestimmten Erfüllungsortes. Hier ist der allenfallsige Transport keine Nebenleistung, sondern Vorbereitung zur Ermöglichung der Erfüllung.

§. 225.

Nebenleistungen, die der Käufer übernimmt und die auch als Vorbehalte zu Gunsten des Verkäufers bezeichnet werden, (excipere oder recipere) sind insbesondere folgende.

1) Dem Verkäufer bleibt das Recht vorbehalten, bis zur Uebergabe der Sache Servituten (und Pfandrechte) auf dieselbe zu legen [1]).

2) Der Verkäufer behält sich selbst eine Servitut (oder eine Hypothek) am Kaufobject bevor. Wie in diesem Fall die Bestellung selbst rechtlich aufzufassen ist, ob als Abzug bei der Eigenthumsübertragung oder als Constituirung im Augenblicke derselben, diese Frage ist hier ohne Interesse. Jedenfalls wirkt die persönliche Verpflichtung des Käufers nach, auch wenn die Bestellung bei der Eigenthumsübertragung selbst vergessen worden ist [2]).

3) Hieran schliesst sich der lediglich obligatorisch wirkende Vorbehalt von Gebrauchs-, wohl auch von Verbietungsbefugnissen an, und zwar

a) von solchen, welche an sich auch den Inhalt eines dinglichen Rechtes bilden könnten, z. B. Wohnungsbefugniss [3]), die Befugniss bauliche Anlagen zu verbieten [4]);

b) aber auch solche, welche sich zum Inhalte einer Ser-

1) L. 6 §. 3 D. comm. praed. (8, 4).

2) L 35 D. de serv. praed. urb. (8, 2). Vgl. noch L. 32, 36 §. 1 D. de usufr. (7, 1). Als dingliche Vorbehalte bei der Uebereignung sind diese Deduktionen auch schon im System der Naturalkaufs möglich. Bd I S. 274. — Vorbehalt des sepulcrum, unter Umständen selbstverständlich. L. 53 §. 1 D. de a e. v. (19, 1); L. 10 D. de relig. (11, 7).

3) Auch alternativ: Wohnung oder jährliche Entschädigung. L. 21 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1).

4) L. 9 C. de pact. inter emt. (4, 54). Dieses Gesetz entscheidet im bejahenden Sinne die Streitfrage, ob der Käufer sich auch verpflichten könne, auf dem Grundstück kein Monument zu errichten noch es sonst dem weltlichen Recht zu entziehen. Die verneinende Ansicht scheint sich auf das mangelnde pecuniäre Interesse des Verkäufers gestützt zu haben. Dass die Verabredung dinglich wirkt, ist mit keiner Sylbe gesagt.

vitüt nicht eignen würden. Ein interessantes Beispiel hiefür gewährt Ulpian in L. 13 pr. D. comm. praed. (8, 4): Venditor fundi Geroniani fundo Botriano quem retinebat legem dederat, ne contra eum piscatio thynaria exerceatur. Quamvis mari quod natura omnibus patet servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur [1]).

Ein analoges Verhältniss im heutigen Recht ist es, wenn sich der Käufer eines Geschäfts verpflichtet, gewisse Artikel nicht zu führen u. s. w. [2]).

4) Vorbehalt in Beziehung auf die Beziehung der Früchte (s. oben S. 369), sowie auf die Gewinnung von Steinen, Mineralien, die in dem verkauften Grundstück enthalten sind. Hievon handelt Javolenus in L. 77 D. h. t. Aus der Stelle ergibt sich der Interpretationsgrundsatz, dass solcher Vorbehalt im Zweifel nur bezüglich der Objecte wirkt, deren Existenz zur Zeit des Vertragsabschlusses gewiss war oder doch wenigstens vermuthet wurde. An das schlechterdings Unbekannte haben die Parteien nicht gedacht noch auch mit Rücksicht darauf den Preis regulirt.

5) Weiter gehören hieher die vertragsmässigen Veräusserungsverbote und Veräusserungsbeschränkungen. Dass dieselben nach römischem Recht nur obligatorisch wirken, ist heutzutage in Theorie und Praxis so allgemein anerkannt, dass es hier darüber keiner weiteren Ausführung bedarf [3]). Ferner

1) Vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 554 fgg. Den dortigen Ausführungen über die legum dictio vermag ich nur eine sehr beschränkte Richtigkeit beizumessen. Bd. I S. 264 fgg. Burckhard die actio a. pl. a. S. 337. Oben S. 54. — Unter lex stipulationis kann nicht eine blos auf diesen Punkt bezügliche Stipulation gemeint sein — dieser Sprachgebrauch ist ohne Beispiel — sondern nur die Vollzugsstipulation des Kaufs, die diese Clausel enthält.

2) Ein Vorbehalt beim Verkauf des Statuliber war der, dass er das Lösegeld an den Verkäufer zu zahlen hat. L. 15 § 1 D. de statulib. (40, 7).

3) Im früheren Recht war die verpflichtende Kraft dieser Verabredungen überhaupt bestritten, wegen mangelnden Interesses des Verkäufers. Darauf bezieht sich wohl ursprünglich L. 61 D. de pact. (2, 14)

die Verpflichtung der Rückgabe an den Verkäufer gegen Erstattung des Preises (s. g. pactum de retrovendendo); desgleichen die Verpflichtung, gegebenen Falls diesem die Sache zuerst zum Verkauf anzubieten (das gemeinrechtliche Vorkaufsrecht).

Hermogenianus L. 75 D. h. t.

Qui fundum vendidit ut eum certa mercede conductum ipse habeat, vel si vendat non alii sed sibi distraheret [1]) vel simile aliquid paciscatur, ad complendum id quod pepigerat, ex vendito agere potest.

6) Verabredungen zu Gunsten dritter Personen; namentlich kann sich der Käufer verpflichten, die Miether oder Pächter zu übernehmen [2]); ebenso kann der verkaufende Pfandgläubiger dem Verpfänder die Einlösung der Sache vorbehalten. Im Allgemeinen erzeugen diese Vorbehalte keine unmittelbaren Ansprüche des Dritten; nur für den letzterwähnten Fall besteht eine Ausnahme, die hier nicht weiter zu verfolgen ist [3]).

7) Endlich kann der Käufer neben dem Kaufpreise eine beliebige andere zu dem Kaufobject selbst in keiner unmittelbaren Beziehung stehende Leistung an den Verkäufer als Aequivalent übernehmen. Am nächsten liegt der Gedanke an eine Sachleistung; gerade dafür findet sich in den Quellen kein Beispiel. Wohl aber kann nach ausdrücklicher Entscheidung der Käufer die Reparatur eines Hauses oder ein sonstiges „facere" als theilweise Gegenleistung übernehmen.

Pomponius L. 6 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1).

Si vendidi tibi insulam certo pretio et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias; si autem hoc

von Pomponius. (Vgl. L. 11 D. de relig. 11, 7). Justinian hat in L. 9 C. cit. (S. 384) diese Controverse im bejahenden Sinn entschieden, allerdings ohne der Veräusserungsverbote, auf die gleichwohl die Motivirung hinweist, ausdrücklich Erwähnung zu thun Im Sinne der Compilation muss daher in L. 61 D. cit nur die Verneinung der dinglichen Wirkung solcher Verabredungen erblickt werden.

1) Vgl. noch L. 21 §. 5 D. de a. e. v. (19, 1); L. 7 §. 1 D. de distr. pignor. (20, 5); L. 122 §. 3 D. de v. obl. (45, 1); L. 12 D. de praescr. v. (19, 5); L. 3 C. de c. o. c. d. (4, 6). S. 277.

2) L. 53 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1) — in welcher Stelle mit Huschke statt „aut" zu lesen ist „ad" —; L. 25 §. 1 D. loc. (19, 2).

3) L. 13 pr. D. de pignor. act. (13, 7); L. 7 §. 1 D. de distract. (20, 5).

solum ut reficeres eam convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit [1]).

Auch des in den Quellen öfter erwähnten Falls, wenn der Käufer sich verpflichtet, den Mehrerlös des nächsten Verkaufes oder einen Theil desselben dem Verkäufer zu erstatten [2]), ist hier zu gedenken.

§. 226.

Eine besondere Gruppe von Nebenbestimmungen zu Gunsten des Verkäufers sind diejenigen, durch welche der Käufer verpflichtet wird, die Sache ausschliesslich zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen oder umgekehrt sie zu einem gewissen Zweck nicht zu gebrauchen; Kauf mit Zweckbestimmung oder Zweckbeschränkung.

Hieher gehört

1) der Verkauf des Hauses auf den Abbruch. Dass es sich dabei nicht um das Haus als Immobile handelt, sondern um das Collektivum der Baumaterialien, ist klar; die Nothwendigkeit, die Verbindung derselben zu lösen, überwälzt der Verkäufer auf den Käufer. Es ist im Wesentlichen kein anderer Fall, wie wenn der Verkäufer stehende Bäume (Früchte) oder ungebrochene Steine mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verpflichtung verkauft, dass der Käufer die zum Zweck des Vollzugs nöthige Trennung besorge, (S. 167) womit dann etwa noch die weitere Verpflichtung verbunden sein kann, den Grund und Boden wieder in Stand zu setzen. (Vgl. übrigens oben S. 113, 121).

2) Verkauf der Sache zum Vernichten oder Umgestalten (eines Thieres zum Tödten, eines Vorraths von Papier zum Einstampfen, Metallsachen zum Einschmelzen u. s. w.). Auch hier überwälzt der Verkäufer eine gewisse Thätigkeit an der Sache, statt sie vor dem Verkauf selbst vorzunehmen, auf den Käufer [3]), dieser bestimmt daher auch den Preis nach dem

1) Vgl. L. 28 D. eod. (Julian) Praedia mihi vendidisti et convenit ut aliquid facerem; quodsi non fecissem poenam promisi. Oben S. 148.

2) L. 13 §. 24 D. de a. e. v. (19, 1); L. 7 §. 2 D. h. t. Vgl. L. 13 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5). Oben S. 343. Entscheidungen des R.Gerichts Bd. 1 S. 357.

3) L. 9, 40 D. de a. e. v. (19, 1); L. 16 pr. D. de praescr. v.

Werth, den die umgestaltete Sache nach Abzug der Kosten der Umgestaltung für ihn haben wird.

3) Eine eigenthümliche Combination kann sich endlich noch ergeben zwischen einer solchen Zweckbestimmung einerseits und der Verpflichtung der Rückübertragung andererseits. Diese Combination, an deren Stelle in der Regel die locatio conductio operis treten wird, kommt in den Quellen bezüglich der Errichtung eines Gebäudes vor; das Grundstück wird mit der Zweckbestimmung des Bauens und mit der weiteren Bestimmung der Rückgabe nach vollendetem Bau verkauft[1]).

Hievon handelt Pomponius in L. 6 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

Sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatum mihi retradas; quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat[2]).

Zweckbestimmungen von eigenthümlichem Inhalte und eigenthümlicher Wirkung kommen beim römischen Sklavenkauf vor. Haben dieselben ihre praktische Bedeutung längst verloren und gibt es auch kein Gebiet, auf dem sie ohne Weiteres zu analoger Anwendung kommen könnten, so behalten sie doch eine bleibende Bedeutung als sprechende Widerlegung des Wahnes, dass ein Contrakt schlechterdings und gewissermassen mit aprioristischer Nothwendigkeit nur obligatorische Wirkungen erzeugen könne. Vielmehr lehrt ihre Betrachtung, dass die Römer da, wo ein dringendes praktisches Bedürfniss vorlag, auch vor der gesteigerten dinglichen Wirkung nicht zurückschreckten. Für die systematische Auffassung sind daher

(19, 5); Mommsen Beiträge Bd. III S. 139 A. 3; Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 19 S 275. Soferne hier der Verkäufer an dieser Thätigkeit ein selbständiges Interesse hat, kann sich derselben der Käufer nicht dadurch entziehen, dass er auf Empfangnahme der Sache verzichtet.

1) Der normale Vorgang ist behandelt in L. 20 D. h. t.

2) Ein ähnliches Geschäft wird erwähnt in L. 13 §. 1 D de praescr. verb. (19, 5), aber ohne Kaufpreis, so dass lediglich ein unbenannter Realcontrakt vorliegt.

diese Erscheinungen, auf die erst in neuerer Zeit die Aufmerksamkeit wieder hingelenkt wurde [1], auch jetzt noch von grossem Interesse und es rechtfertigt sich daher ohne Weiteres eine kurze Erörterung derselben.

Die hier in Betracht kommenden besonderen Verabredungen und Zweckbestimmungen zerfallen in zwei Kategorieen.

1) Solche, die für den Sklaven ein Uebel enthalten, aber zugleich der persönlichen Sicherheit des Herrn, ja dem öffentlichen Interesse dienen. Hieher gehört der Verkauf mit Aufenthaltsbeschränkung, insbesondere mit der Verpflichtung der Ausführung aus Italien; hieher ferner der Verkauf mit dem Verbot der Freilassung.

2) Solche, welche eine Wohlthat für den Sklaven bezwecken; Verabredung der Freilassung, Verbot der Prostitution.

In diesen Fällen wäre dem Verkäufer mit der blosen obligatorischen Wirkung der Verabredung wenig gedient; und da hiebei zugleich ein öffentliches Interesse in Betracht kommt, so hat sich in der Kaiserzeit die rechtliche Wirkung dergestalt gesteigert, dass die Erfüllung der Verabredung vom Willen des Käufers ganz unabhängig ist.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

1) Die Clausel ne manumittatur und ebenso die Aufenthaltsbeschränkungen gehen zurück auf die lex Aelia Sentia [2]). Nach diesem Gesetze wird der freigelassene Deditius, der sich, dem gesetzlichen Verbot zuwider, in Rom oder im Umkreis von Rom aufhält, von Staatswegen als Sklave verkauft mit der Clausel, dass er weder jemals freigelassen noch in Rom u. s. w. betroffen werden dürfe. Die Zuwiderhandlung des Käufers gegen diese Clausel hat zur Folge, dass der Sklave dem Staat als Staatssklave verfällt.

1) Vgl. Bd. I S. 282 und die dort Citirten. Seitdem hat Leist in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 4, S. 403—424 eine ins Einzelne gehende, sorgfältige Darstellung gegeben, deren Werth auch weder durch den abstrusen geschichtlichen, resp. vorgeschichtlichen Ausgangspunkt noch durch die dogmatische Ableitung aus dem allmälich todtgehetzten Satz „quilibet rei suae legem dicere potest“ beeinträchtigt wird. Vgl. Wendt in Ihering's Jahrbüchern Bd. 21 S. 282, 297, der seinerseits in der Läugnung des Singulären zu weit geht.

2) Gai. I, 25—27. Vgl. auch Sueton Octavian c. 21.

Diese Bestimmung ist analog auf den Privatverkauf übertragen worden.

Sie bewirkt, dass der Sklave nicht freigelassen werden kann. Der thatsächliche Vorgang der Freilassung hat nur die Folge, dass er Staatssklave wird [1]). Deshalb hat hier auch eine Conventionalstrafe gar keinen Sinn; sie müsste denn nach der Absicht der Contrahenten auf das Faktum der Manumission als solches gesetzt sein [2]). Das Verbot wirkt gegenüber jedem Eigenthümer, es kann auch nicht dadurch beseitigt werden, dass der Sklave für sein eigenes Geld gekauft wird, es lebt auch iure postliminii wieder auf [3]).

In gleicher Weise ist ohne Zweifel auch die Clausel: ne intra certum tempus manumittatur behandelt worden.

2) Die den Aufenthalt beschränkenden Clauseln kommen in verschiedenen Anwendungen vor, als Festsetzung der Exportation aus Italien, als Bestimmung, dass sich der Sklave an einem gewissen Ort, in einem gewissen Gebiet nicht aufhalten dürfe [4]).

Die Uebertretung dieser Clauseln von Seiten des Eigenthümers [5]) hat zunächst ohne Weiteres die Wirkung, dass der Sklave dem Fiscus verfällt und von ihm nach Analogie der Bestimmungen der lex Aelia Sentia verkauft wird. Daneben kann sich der Verkäufer auch noch eine Conventionalstrafe ausbedingen. Hiedurch erhält erst die oben erwähnte Ausführung von Papinian ihren Abschluss [6]). Es handelt sich nicht um die Giltigkeit der Clausel; diese wird unter allen Umständen auf die eben angegebene Weise aufrecht erhalten; sondern um die Frage, ob daneben auch noch als Aequivalent dafür, quod animo saevientis satisfactum non sit Entschädigung resp. Strafe gefordert werden kann. Formell ist das allerdings zu-

1) L. 9 §. 2 D. qui et a quib. (40, 9).

2) L. 6 pr. D. de serv. export. (18, 7); L. 5 C. si manc. (4, 57).

3) L. 4 §. 9 D. de manum. (40, 1); vgl. §. 7 D. eod. — L. 12 §. 16 D. de capt. (49, 15).

4) L. 1, 3, 8, 9 D. de serv. export. (18, 7); L. 5 C. si serv. (4, 55).

5) Vgl. L. 9 D. eod.; L. 2 C. eod. Niessbraucher L. 27 §. 5 D. de usufr. (7, 1).

6) S. 375. Man muss dabei bedenken, dass der Verfall an den Fiscus die Thatsache, dass sich der Sklave am verbotenen Orte aufgehalten hat, nicht ungeschehen macht.

lässig; sofern die Strafe stipulirt ist, ist sie verfallen; sofern sie aber unter der Norm der bona fides steht, tritt (nach Papinians ursprünglicher Meinung) eine andere Behandlung ein.

Der Verfall an den Staat kann aber durch eine Clausel zu Gunsten des Verkäufers ausgeschlossen sein; nämlich durch den Vorbehalt ut manus iniectio sit [1]). Dadurch erlangt der Verkäufer nicht blos die Befugniss eigenmächtiger Besitzergreifung, gewissermassen als Sicherheitsarrest, sondern das Recht, durch Besitzergreifung das Eigenthum des Sklaven an sich zu ziehen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der von diesem Rechte Gebrauch machende Verkäufer die Möglichkeit der Freilassung hat. (Vat. fr. §. 6). Die Clausel wirkt dinglich; und zwar, auch wenn sie vom folgenden Verkäufer ausdrücklich wiederholt worden ist, gleichwohl zu Gunsten des ersten Verkäufers; ein weiteres Argument dafür, dass es sich um Rechtserwerb handelt.

Die ganze Beschränkung ist übrigens hauptsächlich im Interesse des Verkäufers, so dass dem Verzicht desselben nichts im Wege steht. Namentlich ist er selbst, nachdem er von der manus iniectio Gebrauch gemacht hat, an die Beobachtung der ursprünglichen Beschränkung nicht gebunden; dieselbe erlischt in seiner Person [2]). Passiv geht sie auch auf den Freigelassenen über, nur fällt die manus iniectio des Verkäufers hinweg; es tritt schlechthin Verfall an den Staat ein, der mit der nämlichen Beschränkung in ewige Sklaverei verkauft, ganz nach Analogie der lex Aelia Sentia [3]).

3) Zu den Clauseln, die im Interesse des Sklaven beigefügt werden, gehört

a) die Bestimmnng ut manumittatur, womit auch eine Befristung verbunden sein kann. Eine Steigerung dieser Clausel ist der Zusatz, dass der Sklave in der Zwischenzeit bis zur Freilassung nicht solle veräussert werden dürfen [4]).

1) L. 2 C. si serv. export. (4, 55). Si ut manus iniectionem haberes cavisti tibi, iure tuo uti potes. Quod si hoc omisisti et poenam stipulatus es, homo quidem fisco commissus est, tu autem nactus ex stipulatu actionem. Vat. frag. §. 6; L. 9 D. de serv. export (18, 7); L. 1 C. eod.; L. 56 D. h. t.

2) L. 1 D. eod.; Vat. frag. §. 6.

3) L. 1, 3 C. si serv. export. (4, 55).

4) L. 10 D. de serv. export. (18, 7). Uebrigens darf die Clausel

b) Die Clausel ne ancilla prostituatur. —

Die erstere Clausel kann vom Verkäufer selbst widerrufen werden; sie erlischt daher auch, wenn er selbst den Sklaven zurückerwirbt; dem Erben dagegen steht der Widerruf nicht zu, noch kommt nach des Verkäufers Tod derjenige Widerruf in Betracht, den er nicht dem Eigenthümer selbst gegenüber erklärt hat [1]).

Unterbleibt die Freilassung auf Grund solchen Widerrufs, so steht dem Verkäufer die actio ex vendito zum Zweck der Entschädigung (Preiserhöhung) zu; denn er hat den Sklaven mit Rücksicht auf die lex dicta um geringfügigen Preis (minorato pretio) [2]) verkauft, so dass der Käufer einen ungerechtfertigten Gewinn machen würde [3]).

Besteht die Clausel zu Recht, so ist die Wirkung die, dass der Sklave mit Eintritt des Zeitpunkts ohne Weiteres frei wird, wie wenn er auf Grund der lex contractui dicta freigelassen worden wäre; daraus folgt, dass der Käufer sein Patron wird [4]).

Diese Wirkung kann hier auch nicht durch den Vorbehalt der manus iniectio abgeschwächt werden; ebenso ist die Conventionalstrafe gegenstandslos [5]).

In einer Reihe von Stellen wird diese Vorschrift auf eine Verordnung von Marcus, genauer ein Reskript von Mar-

nicht verwendet werden zur Umgehung der Freilassungsbeschränkungen der lex Aelia Sentia; L. 4 D. eod.; die Veräusserung ist alsdann nichtig. Es bestand also die Veranlassung zu einem also beschaffenen Verkauf meist darin, dass der gegenwärtige Herr wegen physischer Gebrechen die direkte Freilassung nicht selbst vornehmen konnte (Paul. S. IV, 12, 2), oder die Reise nach Rom scheute u. s. w. — Befristung: L. 3 D. de serv. export. (18, 7); L. 1 C. si manc. ita ven. (4, 57); L. 38 §. 3 D. de liber. c. (40, 12); L. 10 D. de serv. export. (18, 7); vgl. noch L. 4, 9 D. qui sine manum. (40, 8).

1) Ueber den Gesinnungswechsel des Verkäufers vgl. L. 1 D. qui serv. manum. (40, 8); L. 7, 8 D. eod., L. 4 C. si manc. ita (4, 57).

2) L. 10 D. de serv. export. (18, 7).

3) L. 8 D. de serv. export. (18, 7).

4) Nur fällt die besondere Pflicht der Dankbarkeit weg, und insofern ist der wirkliche Vollzug der Freilassung nicht irrelevant. L. 10 pr. D. de in ius voc. (2, 4); L. 30 pr. D. qui et a quibus (40, 9); L. 20 p. D. de manum. (40, 1). — Vgl. noch L. 10 D. eod.

5) L. 20 §. 2 D. de manum. (40, 1). L. 6 C. si manc. (4, 57). Leist S. 415.

cus und Commodus an Aufidius Victorinus zurückgeführt, das aber seinem Wortlaute nach auf Freilassung post certum tempus beschränkt war[1]).

Mit besonderem Nachdruck ist die Clausel ne prostituatur rechtlich geschützt. Und zwar dadurch, dass dieselbe nicht widerrufen noch erlassen werden kann, ja dass sie sogar auch fortlebt, wenn die Sklavin in das Eigenthum des Verkäufers zurückkehrt[2]).

Die Uebertretung der Clausel aber hat ebenfalls die von selbst eintretende Freiheit zur Folge, und zwar mit Verlust des Patronatsrechts für den Uebertreter, an dessen Stelle vielmehr der Verkäufer tritt[3]). Wenn er aber selbst seine Clausel verletzt, so geht er des Patronats ebenfalls verlustig[4]).

Auch hier kann aber eine schwächere Wirkung ausdrücklich bestimmt sein, nämlich die manus iniectio; es ist kein Zweifel, dass gerade diese schwächere, nicht die stärkere Wirkung der ausdrücklichen Festsetzung bedarf. Dies ergibt sich aus L. 6 §. 1 D. qui sine manum. (40, 8), noch entschiedener aber daraus, dass die Sklavin frei wird, wenn der Verkäufer, der die schwächere Wirkung ausbedungen hat, selbst gegen die Clausel verstösst[5]).

Ist die schwächere Wirkung ausbedungen, so zieht der Verkäufer die Sklavin durch Besitzergreifung wieder in sein

1) L. 2, 3 cit.; L. 1, 3, 6 D. qui sine manum. (40, 8); L. 10 D. de serv. export. (18, 7); L. 20 pr. D. de manum (40, 1). Keine Anwendung findet das Reskript auf das nachträgliche freiwillige und einseitige Versprechen des Käufers (L. 38 pr. D. de lib. caus. 40, 12); wohl aber durch analoge Ausdehnung auf die einer Schenkung beigefügte lex, L. 1 C. cit., L. 8 D. qui sine manum. (40, 8), sowie auf den Fall, dass der Herr Geld mit der Verpflichtung der Freilassung annimmt, L. 38 §. 1 D. de lib. c. (40, 12).

2) L. 10 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4); L. 7 D. qui sine manum. (40, 8).

3) Auch dies wird, direkt oder indirekt, auf die erwähnte Verordnung von Marcus zurückgeführt; L. 6 §. 1 D. qui sine manum. (40, 8). Ueber die Sache selbst vgl. L. 10 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4). Mit der Freiheit war ursprünglich blose Latinität verbunden. Vgl. L. un. §. 6 C. de Lat. lib. toll. (7, 6).

4) L. un. §. 6 C. cit.

5) L. 7, L. 10 §. 1 D. cit.

Eigenthum. Aber die Wirkung der Freiheit bleibt immer subsidiär im Hintergrunde, nicht nur in dem zuletzt erwähnten Fall, sowie in dem des Verzichts auf die manus iniectio; sondern auch wenn der Reihe nach verschiedene Verkäufer verschiedene Wirkungen bedingen, hat diejenige der Freiheit als die stärkere den Vorrang, mag sie früher oder später bedungen sein [1]).

Da übrigens weder durch den Eintritt der Freiheit noch durch manus iniectio die Prostitution selbst ungeschehen gemacht wird, so kann daneben auch noch eine Conventionalstrafe wirksam bedungen werden; diese verfällt auch dann, wenn die Clausel selbst durch Eviktion ihre quasidingliche Wirkung verliert [2]).

1) L. 9 D. de serv. export. (18, 7).

2) L. 6 pr. D. de serv. exp. (18 7). Ueber Eviction L. 34 pr. D. de evict. (21, 2). Der Käufer, der gegen die lex handelt, wird zu seinem Nachtheil angesehen, als hätte er freigelassen, und hat daher keine Eviktionsansprüche.

Viertes Kapitel.

Der bedingte und der alternativ bestimmte Kauf.

§. 227.

Beim Naturalkauf ist die Beifügung einer Bedingung, jedenfalls einer conditio in futurum collata, unmöglich, und zwar nicht aus formellen Gründen, daher auch nicht blos bei der Mancipation [1]).

Das Contraktsystem dagegen lässt eine derartige Gestaltung des Geschäfts ebenso zu, wie sie bei der Stipulation und beim Vermächtniss vorkommen kann [2]).

Gleichwohl haben wir ganz unverkennbare Spuren davon, dass der bedingte Kauf doch nur allmälig zur Anerkennung gelangt ist. Allzu buchstäblich darf freilich der Bericht des Gaius (III, 146) nicht genommen werden:

> iam enim non dubitatur quin sub condicione res venire aut locari possit.

Denn bereits ältere, sogar erheblich ältere Juristen, setzen offenbar die Giltigkeit des bedingten Kaufs voraus [3]). Dass aber wirklich eine allmäliche Entwicklung vorliegt, deren Einzelheiten nur für uns nicht mehr erkennbar sind, darauf deutet

1) Bd. I S. 236, 304.

2) Oben S. 96.

3) So Labeo L. 50 D. h. t. Sabinus und Cassius, L. 35 §. 5 D. h. t., wo bereits die Analogie des bedingten Kaufs verwerthet wird; L. 4 §. 5 D. de in diem addict. (18, 2); L. 2 §. 3 D. pro emtore (41, 4); Proculus und Octavenus L. 8 pr. D. de periculo (18, 6); Pomponius und Julian L. 41 D. h. t.; L 4 pr. D. in diem addict. (18, 2); L. 8 §. 1 D. de peric. (18, 6); wegen Ofilius s. oben S. 345,

der gerade hier hervortretende eigenthümliche Gegensatz von emtio perfecta und imperfecta [1]). Noch Ulpian stellt das plenissime venire und das prope quasi nondum venire gegenüber [2]); und die Erörterung des Paulus in L. 8 pr. D. cit. macht auch nicht den Eindruck, wie wenn er sich einer völlig abgeschlossenen Lehre gegenüber befunden hätte.

Es ist eine Consequenz der alten Auffassung vom Kauf als dem unmittelbaren Austausche, dass der nicht vollziehbare Kauf unfertig ist. Diese Consequenz ist niemals völlig aufgegeben, wohl aber insoferne abgeschwächt worden, als auch der unfertige Kauf als abgeschlossener Contrakt anerkannt und mit rechtlicher Wirkung ausgestattet worden ist. Zu dieser Abschwächung mag auch die auf das Futurum gestellte Formel emtum habebis, emtus tibi erit, das Ihrige beigetragen haben [3]).

Nur ist gleich hier zu bemerken, dass der Kauf der stehenden und hängenden Früchte, wie er schon bei Cato vorkommt [4]), kein bedingter Kauf ist; es ist der Kauf einer gegenwärtigen Sache, bezüglich deren der Verkäufer dem Käufer Zeit bis zur Reife lässt, sie weg und an sich zu nehmen [5]). Daher geht denn auch das Perikulum sofort auf den Käufer über, und es besteht also auch die Möglichkeit, dass dasselbe für besondere Fälle vom Verkäufer vertragsmässig übernommen wird. Hievon handelt Labeo in L. 78 §. 3 D. h. t.

Frumenta quae in herbis essent quum vendidisses, dixisti te si quid vi aut tempestate factum esset praestiturum; ea

1) L. 8 pr. D. de peric. (18, 6). Vgl. auch impleta venditio L. 10 §. 5 D. de j. d. (23, 3). Oben S. 322 A. 4.

2) L. 1 pr. §. 1 D. de peric. (18, 6).

3) Schon bei Cato; Bd. I S. 534; S. 462 A. 2. — Gaius L. 35 §. 1 D. h. t., Julian L. 41 pr. D. eod. und sonst.

4) Bd. I S, 525 fgg. Die Bemerkung auf S. 530, dass es sich um den Kauf künftiger Früchte handle, ist unzutreffend: dadurch wird aber die Richtigkeit der weiteren Ausführungen nicht beeinträchtigt. Vom Kauf künftiger Früchte handelt dagegen Pomponius in L. 8 pr. D. h. t. Vgl. noch L. 39 §. 1 D. h. t.; L. 25 D. de a. e. v. (19, 1).

5) Es ist im Wesentlichen kein anderer Fall, als der des Kaufs eines stehenden Baums, L. 40 D. de a. e. v. (19, 1). Oben S. 387,

frumenta nives corruperunt; si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tamen ex emto poterit.

Diese Entscheidung hat offenbar nur einen Sinn unter der Voraussetzung, dass der Untergang des Getreides vor der Perception an sich den Käufer trifft; die geschlossene Verabredung involvirt die Modification dieses Verhältnisses und wird vom Juristen einer strengen Auslegung zu Gunsten des Käufers unterzogen [1]).

Am frühesten hat man ohne Zweifel die conditiones in praesens collatae zugelassen. Die rechtliche Sanktion findet hier einen fertigen Thatbestand vor; unfertig, zugleich aber auch gleichgiltig ist nur die subjective Gewissheit. Dieser Unterschied wird von Papinian in L. 120 D. de V. O. (45, 1) mit der grösstmöglichen Bestimmtheit hervorgehoben:

Si ita stipulatus fuero: „hanc summam centum aureorum dare spondes"? etsi maxime ita exauditur ille sermo: „si modo centum aureorum est", non facit condicionem haec adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est, nec placuit instar habere condicionis sermonem, qui non ad futurum sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

Dabei kommt noch besonders in Betracht, dass — gerade wie in dem hier besprochenen Fall [2]), solche Bedingungen sehr häufig gar nicht einmal in der äussern Form als solche hervortreten. Insbesondere können sie die Gestalt besonderer Vertragsbestimmungen (Ausnahmen u. s. w.) annehmen; wie z. B. bei Cato de r. c. 48:

quod neque aceat neque muceat id dabitur [3]).

oder in L. 6 D. de peric. (18, 6).

vina exceptis acidis et mucidis.

§. 228.

Ueber die rechtliche Gestaltung des (suspensiv) bedingten Kaufs stellt noch Paulus Erörterungen an, die gar kein

1) Es liegt eine Analogie der vertragsmässigen Remission des Pachtgeldes vor.

2) Vgl. auch L. 72 §. 4 D. de sol. (46, 3); vi quidem ipsa; oben S. 329 A. 2.

3) Vgl. Bd. I S. 535 Anm. 1.

theoretisches, sondern ein eminent praktisches Interesse haben [1]). Er geht aus von der Frage nach dem Perikulum. Dieses ergreift den Käufer anerkanntermassen im Augenblick der emtio perfecta und ist insofern das Kennzeichen derselben [2]). Wann aber ist dieser Moment beim bedingten Kauf gegeben?

Keine Schwierigkeit bietet zunächst der Fall der Deficienz:

> si quidem defecerit condicio, nulla est emtio, sicut nec stipulatio.

Für den entgegengesetzten Fall dagegen lehren ältere Juristen, die Gefahr treffe den Käufer,

> quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius libro nono probat.

Allein sofort ergiebt sich die Frage, in welchem Sinne denn diese Juristen den Uebergang der Gefahr verstehen; denn dass existente conditione den Käufer irgendwie und irgend einmal die Gefahr trifft, ist ja ganz selbstverständlich. Gerade aber auf die entscheidende Frage, von welchem Zeitpunkt an, gibt die Stelle merkwürdiger Weise gar keine Antwort, obschon sie doch eine solche geben will.

Legt man die an sich nichtssagende Aeusserung jener Juristen in dem Sinn aus, dass die Gefahr vom Augenblick der erfüllten Bedingung an übergeht, so ist diese Auslegung zwar vom Standpunkt des justinianischen Rechts, ja ohne Zweifel auch im Sinne des Paulus richtig; allein damit ist nicht gesagt, dass dies auch wirklich die ursprüngliche Meinung jener Autoren war. Am Schlusse der Stelle macht Paulus eine Concession in Beziehung auf das s. g. periculum deteriorationis —

> sane si extet res licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.

Dieser Schluss weist darauf hin, dass der Jurist in den zwischenstehenden Sätzen die ältere Ansicht nicht adoptirt, sondern bekämpft hat. Auf diese Auffassung führen auch andere Spuren. Ich bin überzeugt, dass hier manches gestrichen oder ungeschickt zusammengezogen ist; schon die viermalige Wiederholung von quodsi deutet auf eine Corruption hin. Weiter ist zu beachten, dass in dem dritten Satze, „quodsi

1) L. 8 pr. D. de peric. (18, 6). Libro XXXIII ad Edict.

2) L. 1 pr. §. 1 D. eod.

pendente" gar kein Fortschritt der Entwicklung enthalten ist; die Vererblichkeit hat direkt mit dem Perikulum gar nichts zu schaffen; insofern scheint dieser Zwischensatz ganz ausser Zusammenhang zu stehen. Wohl aber lässt sich aus der Vererblichkeit ein Argument für die Rückziehung des Perikulum ableiten. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Anfang des letzten Satzes: „quodsi pendente condicione res tradita sit;" auch die Ersitzung hat unmittelbar mit dem Perikulum nichts zu thun, sondern kann ebenfalls nur als Argument für die Lösung der Frage, und zwar im entgegengesetzten Sinne, betrachtet werden. Für die Annahme, dass ältere Juristen dem Käufer im Falle der Existenz der Bedingung die Gefahr mit rückwirkender Kraft überbunden haben, fehlt es auch nicht an sonstigen Gründen. Wenn Pomponius in L. 8 pr. D. cit. die Zulässigkeit des Kaufs künftiger Sachen mit dem Satze, dass ohne Sache kein Kauf möglich ist, dadurch in Einklang zu setzen sucht, dass im Falle der Existenz

> iam tunc quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur,

so hat er dabei schwerlich die Rückziehung des Contrakts im Auge; unter dieser Voraussetzung läge eine Tautologie vor, denn das negotium contractum ist ja selbst gar nichts anderes als die venditio in diesem subjectiven Sinn; es scheint vielmehr, dass ihm die Rückziehung auch des objectiven Bestands des Geschäfts wenigstens vorschwebte [1]).

Auch der von Gaius III, 146 besprochene Fall lässt formell sich doch nur auf der Grundlage der Rückziehung construiren; ohne dieselbe ist ja niemals ein Kaufobject vorhanden; ja noch mehr, es ist von Anfang an gewiss, dass keines da sein wird [2]). Andererseits fällt bei der Rückziehung der Gegensatz zwischen Untergang und Verschlechterung weg. Freilich ist bei der eigenthümlichen Beschaffenheit dieses Falles nicht ganz sicher, ob Gaius die Rückziehung als normale Wirkung der Erfüllung oder als Wirkung einer besonderen stillschwei-

1) Die entgegengesetzte Meinung (Bd. I S. 530 A. 2) kann ich nicht mehr mit der dort hervortretenden Entschiedenheit aufrecht erhalten.

2) Vgl. oben S. 254.

genden Verabredung auffasst; ein zwingender Grund für die letztere Annahme liegt immerhin nicht vor[1]).

Hat die Erfüllung der Bedingung rückwirkende Kraft, so bleibt der Kauf der eigenen Sache auch dann nichtig, wenn dieselbe zur Zeit der Erfüllung der Bedingung fremd geworden ist. Die entgegengesetzte Ansicht findet sich in den Quellen recipirt; aber die zweifelnde und unsichere Art, wie dieselbe noch von späteren Juristen vorgetragen wird, dient ebenfalls zur Beleuchtung der hier stattgehabten Entwicklung.

Marcellus L. 61 D. h. t.

> Existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quia forte speratur meum esse desinere

und noch charakteristischer Ulpian in L. 41 §. 2 D. de leg. I (30) — libro XXI ad Sabinum

> Sed si sub condicione legatur, poterit legatum valere si existentis condicionis tempore mea non sit vel aedibus iuncta non sit; secundum eos qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt.

Dabei möchte ich noch auf einen weiteren Punkt aufmerksam machen, welcher meines Wissens bisher noch nicht betont worden ist. Die Römer formuliren die Bedingung ganz regelmässig mittelst des s. g. zweiten Futurums. Dieser sprachliche Ausdruck beruht auf der Anschauung, welche die Erfüllung auf den Moment bezieht, wo die Bedingung gesetzt wird; es ist der sprachlich adäquate Ausdruck für die Rückziehung. Und dass sich die Römer der logischen Bedeutung dieser Formulirung wohl bewusst waren, beweist der merkwürdige praktische Gegensatz zwischen der Formel utrum volam und utrum voluero [2]).

1) Jedenfalls legt Gaius der Erfüllung der Bedingung lediglich eine aufklärende Wirkung bei: idque ex accidentibus apparere.

2) L. 112 pr. D. de V. O. (45, 1). Dass auch hier die sprachliche Formulirung allmälich ihre Bedeutung verlor, beweist die Meinungsverschiedenheit, von welcher L. 72 §. 4 D. de solut. und L. 67 D. eod. einerseits, L. 66 §. 3 D. de leg. II anderseits Zeugniss geben; weder die klassische Jurisprudenz noch die Compilation ist hier zu einem Abschlusse gelangt. S. 329 A. 2.

Nehmen wir nun an, dass die in unserer Stelle genannten Juristen, im Gegensatz zu Sabinus und Cassius [1]), in der That Rückziehung in diesem Sinn gelehrt haben, so stellt sich die Deduktion des Paulus als widersprechende Kritik dar. Zunächst greift er

1) das Argument auf, welches zu Gunsten des Satzes zu sprechen scheint. Dass das Rechtsverhältniss nicht erst mit der Existenz der Bedingung entsteht, ergibt die Vererblichkeit während der Schwebe der Bedingung.

Quodsi pendente condicione emtor vel venditor decesserint, constat, si extiterit condicio heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum.

Aus der Vererblichkeit folgert hier Paulus nicht eine „Gebundenheit" im Sinne der modernen Theorie, sondern eine Rückziehung der contracta emtio auf die Vergangenheit. Auch hier kann nicht wohl gedacht werden an den Akt des Vertragsschlusses, an das negotium contractum, das als Thatsache selbstverständlich der Vergangenheit angehört; sondern contracta emtio ist eben das fertige Geschäft; die volle Wirksamkeit scheint in die Vergangenheit zurückbezogen werden zu müssen [2]).

Allein

2) Paulus hat auch ein Argument dagegen, und zwar ein ausschlaggebendes.

Es findet pendente condicione keine Ersitzung statt; ein Satz, der ebenso sicher feststand wie der vorige und gerade auch von Pomponius gelehrt wurde [3]). Derselbe hat eine doppelte Bedeutung; er läugnet die Möglichkeit der Ersitzung während der Schwebe ohne Rücksicht auf Existenz oder Deficienz der Bedingung; er läugnet aber auch, dass im Falle der Erfüllung der Besitz der Zwischenzeit nachträglich mit rückwirkender Kraft den Charakter des Ersitzungsbesitzes annehmen könne.

Diese zweite Bedeutung des Satzes hat nun allerdings ihre besonderen Gründe; sie beruht darauf, dass der Besitz überhaupt keinen Schwebezustand zulässt, weder bezüglich seines

1) L. 35 §. 5 D. h. t.

2) Vgl. auch L. 8 §. 1 D. eod. Si ita venierit, „est ille servus emtus sive navis ex Asia venerit, sive non venerit", Julianus putat statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam. L. 9 pr. D. eod.

3) L. 4 pr. D. de addict. (18, 2)

natürlichen Daseins, was selbstverständlich ist, noch bezüglich seiner rechtlichen Bestimmtheit; daher erstreckt sich auch das Postliminium weder auf den Besitz noch auf die Ersitzung.

Aber in Verbindung mit den anderen Erscheinungen, dass auch der während der schwebenden Bedingung gezahlte Preis condicirt werden kann und dass dem Verkäufer die Früchte gebühren, führt jener Satz gleichwohl zu dem Princip, dass in Beziehung auf das Kaufobject überhaupt keine Rückziehung stattfindet. Vielmehr tritt nach dieser Seite hin die Perfection erst mit dem Moment der Erfüllung der Bedingung ein.

Als verstärkendes Argument führt der Jurist schliesslich auch noch die Analogie von Stipulation und Legat an:

> sicut stipulationes et legata perimuntur, si pendente condicione extincta res fuerit.

Viel gewonnen ist freilich mit dieser Analogie nicht; sie wäre nur zutreffend, wenn es sich um die Frage der fortdauernden Haftung des Verkäufers handelte; gerade die Combination, dass der Käufer verpflichtet bleibt, ohne die Gegenleistung zu bekommen, ist in jenen Fällen einseitiger Obligirung ausgeschlossen.

So hat schliesslich Paulus, freilich ohne alle dogmatische Formulirung, den richtigen Standpunkt gewonnen, nämlich die Unterscheidung des subjectiven Thatbestandes, wofür der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend ist, und der Existenz des Objects, wofür der Zustand zur Zeit der Erfüllung der Bedingung entscheidet. Damit ist die Rückziehung überhaupt geläugnet, die subjectiven Elemente bedürfen derselben nicht, bezüglich der objectiven findet sie nicht statt [1].

Jene ältere Ansicht gereichte dem Käufer zur Unbilligkeit; keineswegs in allen Fällen ist die Gestaltung des Geschäfts als eines bedingten in seinem Interesse, und das Commodum der Zwischenzeit steht ihm nicht zu. Die zur Herrschaft gelangte Ansicht kann umgekehrt den Verkäufer benachtheiligen, aber sie hat den Vorzug der inneren Consequenz. Für den bedingten Kauf beruht der Uebergang der Gefahr genau auf derselben Grundlage, wie für den unbedingten. Die Gefahr des Käufers wurzelt in seiner Initiative bezüglich der Em-

1) Vgl. zu dieser Stelle die mehrfach abweichende Erklärung von Scheurl II, S. 199 fgg; Brinz Pand. (1. Aufl.) S. 1487.

pfangnahme der Sache, diese Initiative setzt die Erfüllbarkeit voraus. Bis zur Existenz der Bedingung ist der Kauf unfertig, obschon geschlossen. Er ist

1) unfertig bezüglich der Voraussetzungen; er ist nicht erfüllbar; und

2) bezüglich der Wirkungen; der Kauf kann zusammenfallen[1]; der Verkäufer hat die Sache noch nicht definitiv angebracht — prope quasi nondum venit. Erst mit dem Uebergang der Gefahr ist er sie „los", quasi tunc plenissime veneat[2]).

Indem dann nach Analogie des bedingten Kaufs auch die Fälle behandelt wurden, in welchen das Hinderniss der sofortigen Erfüllbarkeit im Kaufobject oder in der Art der Preisbestimmung liegt, so ist damit nun für alle Fälle, die sich überhaupt innerhalb des Rahmens des Kaufes halten, ein durchaus einheitliches Princip gewonnen[3]).

Eine scheinbare Ausnahme besteht da, wo dem Verkäufer die Wahl zusteht: nicht erst mit Vornahme derselben geht die Gefahr auf den Käufer über[4]). In Wirklichkeit bestätigt vielmehr diese Erscheinung das Princip. Denn die Wahl ist gar nicht nothwendig eine der Erfüllbarkeit zeitlich vorhergehende Handlung, wie die Ausscheidung u. s. w.; sie kann mit der Erfüllung zusammenfallen. Dem wahlberechtigten Verkäufer gegenüber ergreift der Käufer die Initiative, indem er die gewählte Sache verlangt, sei es, dass der Verkäufer sie bereits gewählt hat oder jetzt wählt.

Die Verschlechterung der Sache ist für die Erfüllbarkeit ohne Bedeutung, eben so wie umgekehrt die Verbesserung. Beide Vorgänge bewirken lediglich eine Verschiebung in dem Verhältnisse zwischen Preis und Werth, welche die Rechtsordnung nicht weiter berücksichtigt[5]).

1) L 10 §. 5 D. de j. d. (23, 3) mors contingens extinguit venditionem.

2) L. 1 pr. §. 1 D. de peric. (18, 6). Auch wo der Verkäufer die Gefahr vertragsmässig auf längere Zeit übernimmt, besteht dieselbe Auffassung. Kapitel 7, Abschnitt 2.

3) Oben S. 96; S. 324, 329, 341.

4) S. 329 A. 4. Selbstverständlich braucht der Verkäufer, um sich die Vortheile der getroffenen Wahl zu sichern, die Initiative des Käufers nicht abzuwarten.

5) Vgl. oben S 99 A. 4. Eine ganz andere Frage ist die, ob diese

§. 228.

Es liegt selbstverständlich nicht in unserer Aufgabe, die Lehre von den Bedingungen hier weiter zu verfolgen[1]).

Nur ein Punkt ist in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse. Die Bedingung kann sich nämlich gerade auch auf die Elemente des Geschäfts selbst beziehen — zum Unterschied von den Bedingungen, die irgend welchen von Aussen her genommenen Inhalt haben. So kann insbesondere,

I. wenn auch anomaler Weise, der Entschluss zu kaufen selbst einseitig bedingt sein, Kauf auf Probe. Davon war bereits ausführlich die Rede (S. 212 fgg.)

II. Bedingt können sein die den Kaufpreis bestimmenden Merkmale; auch dieses Verhältniss ist bereits besprochen worden (S. 340 fg. und S. 351).

III. Endlich kann, und zwar in manchfacher Weise, die Bedingung sich beziehen auf die Existenz und Beschaffenheit des Kaufobjects. Die Bedingung tritt hier vielfach an die Stelle der (gesetzlichen oder vertragsmässigen) Garantie. Diese wirkt innerhalb des geltenden Kaufs: die Bedingung stellt die Giltigkeit selbst in Frage; sie ist bald für den Käufer bald für den Verkäufer vortheilhafter als jene [2]).

So kann bedingt sein vor Allem

1) die Existenz der Sache selbst. Ist diese Bedingung in praesens verstellt, so befreit sie den Verkäufer von der Haftung, die ihn sonst gerade in Beziehung auf diesen Punkt trifft. (Vgl. das sechste Kapitel ersten Abschnitt) [3]). Ist die Bedingung eine zukünftige, so ist damit die Möglichkeit gegeben, die Kaufgelegenheit bereits zum Voraus zu sichern [4]).

2) Das rechtliche Verhältniss des Verkäufers zur Sache, die Freiheit von Servituten, die Zugehörigkeit von solchen;

Gleichgiltigkeit auch innerlich ganz angemessen und consequent ist. Vgl. auch L. 57 pr. D. h. t.

1) Vgl. oben S. 212 fgg. Zu dem dort Gesagten ist noch zu vergleichen Ihering Zweck I S. 337.

2) Ob Bedingung oder Zusage (letztere vielleicht mit resolutiver Wirkung) gemeint ist, entscheidet sich selbstverständlich nicht durch das gebrauchte Wort. So auch nicht im Lateinischen; L. 41 pr. D. h. t.

3) Vgl. L. 22, L. 72 D. h. t.

4) Auch der Kauf stehender Früchte kann den Charakter eines bedingten Geschäfts annehmen („falls sie zur Reife gedeihen"). (S. 396).

dies wiederum entweder als condicio in praesens oder in futurum collata [1]).

3) Das Vorhandensein gewisser Eigenschaften [2]), die Freiheit von gewissen Mängeln. Der Unterschied von der Garantie besteht in dieser Beziehung namentlich auch darin, dass auf die letztere der Käufer verzichten kann, nicht auch auf die Bedingung.

Pomponius L. 6 D. de periculo (18, 6)

Si vina emerim exceptis acidis et mucidis, et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emtoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse; nam quae invitus emtor accipere non cogeretur, iniquum esse non permitti venditori vel alii ea vendere.

Hier besteht aber noch eine Abgränzung nach einer andern Seite. Das Fehlen der Eigenschaft, beziehungsweise das Aufhören derselben innerhalb einer gewissen Zeit kann auch die Grundlage eines resolutiven Vertrages sein, wie dies ohne Zweifel beim Weinkauf in Beziehung auf acor und mucor der Fall war. Es wird daher später noch (Kapitel 7) auf dieses Verhältniss einzugehen sein.

§. 229.

Mit dem bedingten Kauf ist in mehrfachen Beziehungen der alternativ bestimmte Kauf verwandt. Das Eigenthümliche der Alternative ist das, dass sie für einen gewissen Punkt, der doch nur einfach geordnet sein kann, mehrfache Bestimmungen trifft, dergestalt, dass unter denselben ein ungewisser Umstand entscheidet, sei es Wahl oder Zufall. Indem nun für den betreffenden Punkt in jedem Fall eine positive Bestimmung vorhanden ist, ist damit die Existenz des Verhältnisses von vornherein entschieden; ungewiss, im Sinne des Schwebens zwischen mehreren affirmativen Möglichkeiten, ist nur der betreffende Punkt. Daher besteht hier auch eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Entscheidung, sofern dieselbe auf der Thätigkeit eines Contrahenten beruht [3]).

1) L. 41 D. h. t.

2) Auch Flächeninhalt u. s. w. Oben S. 360 fg. Vgl. den zweiten Abschnitt des sechsten Kapitels.

3) L. 34 §. 6. D. h. t. Vgl. im Allgemeinen Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 502 fgg.

Wohl zu unterscheiden vom alternativ bestimmten Rechtsgeschäft ist die alternative Offerte, welche nur ein einziges Rechtsgeschäft bezweckt, nämlich dasjenige von den mehreren angebotenen, für welches sich der Adressat entscheiden würde. Hier dagegen interessirt uns nur das fertige Rechtsgeschäft, welches einen irgendwie alternativen Inhalt hat, das also eine einfache und untheilbare, aber alternativ bestimmte Offerte voraussetzt [1]).

Beim Kauf kann sich die alternative Bestimmung vor Allem auf das Kaufobject beziehen [2]). Von diesem Verhältnisse war schon oben (S. 326 fg.) die Rede; die geringe Bedeutung, die dasselbe in den Quellen hat, gibt keine Veranlassung, hier auf das Wesen der im engeren Sinne sogenannten alternativen Obligation selbst tiefer einzugehen [3]). Von den Gestaltungen, die sich beim Vollzug des alternativen Kaufs ergeben können, ist in anderem Zusammenhang zu sprechen.

Es kann aber auch die geschäftliche Absicht selbst von alternativer Beschaffenheit sein [4]).

Dieses Verhältniss kommt in den Quellen in mehrfacher Anwendung vor.

I. Unter den Fällen, welche Gaius als streitiges Gränzgebiet zwischen Kauf und Miethe bezeichnet, befinden sich zwei, bei welchen die Ungewissheit nicht in der empirischen Absicht, sondern in der rechtlichen Sanktion liegt; III, §. 145 und 147. Der mittlere dagegen (§. 146), gehört hieher. Der-

1) Vgl. über diesen Unterschied Bernstein in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. I S. 157.

2) Selbstverständlich auch auf Nebensachen und Nebenleistungen. Beim Preise ist die alternative Bestimmung nur in Beziehung auf die letzteren denkbar.

3) Ein Kauf mit alternativer Bestimmung des Objects liegt nur dann vor, wenn die Einheit des Preises gewahrt ist. Werden alternativ mehrere Objecte je um verschiedene Preise gekauft, so bestehen mehrere Kaufverträge in alternativem Verhältnisse. Vgl. Pescatore a. a. O. S. 91. Die Unterscheidung, welche dieser Schriftsteller in Beziehung auf die Construktion der s. g. alternativen Obligation eintreten lassen will, je nachdem der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat, ist für den Kauf von vorneherein ausgeschlossen, kein Theil ist hier blos Gläubiger oder blos Schuldner.

4) Vgl oben S. 159. Zitelmann a. a. O. S. 503, wo übrigens die Rubrik 2) unpassend formulirt ist.

selbe ist in einer Beziehung schon oben (S. 255; vgl. auch S. 399) besprochen worden; im Anschluss daran ist hier folgendes zu bemerken [1]. Gaius nimmt offenbar — ob mit Recht oder Unrecht, kann hier auf sich beruhen — eine alternative Absicht der Contrahenten an; je nach dem Ergebnisse des Kampfes soll und will der Empfänger den Sklaven gegen Bezahlung behalten oder aber mit einem Miethgeld zurückgeben. An dieser Auffassung sind mehrere Punkte von besonderem Interesse.

1) Eine solche complicirte Absicht fällt nicht in den Rahmen eines der römischen Consensualcontrakte; und da hinwiederum die Entscheidung der Alternative nur möglich ist, wenn die Sache an den Gegner ausgehändigt wird, so kann der Anfang des Geschäfts nur mittelst (freiwilliger) Vorleistung des Eigenthümers gemacht werden; si gladiatores ea lege tibi tradiderim.

2) Gleichwohl nimmt Gaius keinen unbenannten Realcontrakt an, ebensowenig wie Miethe mit Aestimation. Der Ausgang entscheidet, ob Kauf oder Miethe vorhanden war. In der That müsste auf der Grundlage der Miethe der Empfänger das Schweissgeld unter allen Umständen bezahlen, auch wenn er statt der Sache die Aestimation leistet; hinwiederum innerhalb des unbenannten Realcontrakts findet die Gegenleistung keinen Raum, mittelst der actio praescriptis verbis kann ursprünglich nur die Sache oder ihre Aestimation, aber keine merces beansprucht werden [2].

3) Demnach tritt nach Gaius Ansicht auf Grund des Ausgangs des Kampfs genau dieselbe rechtliche Sanktion ein, wie wenn das Geschäft von Anfang einfach unter der Bedingung dieses Ausgangs abgeschlossen worden wäre:

1) Die von Huschke herangezogene Stelle Cicero ad Atticum IV, 4—8 §. 2 gehört nicht hieher.

2) Darin liegt der Unterschied von den im letzten Kapitel zu besprechenden Fällen, z. B. dem der Ueberlassung des servus aestimatus zur Folter. — Auch die Analogie von L. 1 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5) ist nicht anwendbar. Papinian denkt an den Fall, wenn die empirische Absicht keinen Anhaltspunkt gibt für die Unterscheidung zwischen loc. cond. rei und operis; davon ist hier keine Rede. — Vgl. oben S. 236.

et magis[1]) placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emtionem et venditionem esse: idque ex accidentibus apparere, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione.

Dass diese Construktion nicht ohne irgend welche Rückziehung der Bedingung möglich ist, wurde schon oben bemerkt. (S. 399).

4) Das Charakteristische ist demnach offenbar das, dass Gaius nicht ein einheitliches Geschäft mit alternativem Verlauf annimmt noch auch annehmen kann, sondern das hypothetische Nebeneinanderbestehen zweier Geschäfte, von denen das eine das andere in Wirklichkeit ausschliesst.

Der Thatbestand dieses Geschäfts kann — in Beziehung auf Thiere, die zum Wettkampf bestimmt sind, auch bei uns noch vorkommen. Aber wir sind nicht gehindert, auch rechtlich ein einheitliches und auf Grund der blosen Verabredung klagbares Geschäft anzunehmen, dessen Verlauf nur alternativ bestimmt ist. Auch würden wir die eine Alternative des Verlaufs nicht als Kauf betrachten; die Vorstellung eines Kaufs, der gerade nur für den Fall des Untergangs der Sache geschlossen wird, ist uns fremdartig; auch die Annahme einer stillschweigenden Uebernahme der Gefahr würde für diesen Fall schwerlich der empirischen Absicht entsprechen. (S. 255). Wir sind aber auch durch nichts gehindert, an die Stelle des Kaufs einfach die Aestimation zu setzen[2]). (Vgl. das achte Kapitel.)

II. Einigermassen verwandt mit dem besprochenen Fall ist im heutigen Recht der Kauf auf Probe, sofern die Sache dem Kaufliebhaber anvertraut wird. Alsdann ergeben sich ebenfalls zwei alternativ concurrirende Geschäfte —, nur dass die Entscheidung dieser Alternative hier nicht auf dem Zufall, sondern auf dem Willen des Käufers beruht. Verwirft er die Sache, so erfolgt die Rückforderung nicht mit der actio venditi, sondern mit der Klage aus dem alsdann in Wirksamkeit tretenden Geschäfte des Anvertrauens oder der Miethe[3]).

1) Welche abweichenden Construktionen bestanden, darüber wird es vielleicht besser sein sich der Vermuthungen zu enthalten.

2) Auch das zweite Beispiel bei Zitelmann S. 503 gehört hieher.

3) Vgl. oben S. 237. Hieher gehört das erste Beispiel bei Z. a. a. O.

§. 230.

III. In diesen Zusammenhang gehört weiter der s. g. Trödelvertrag[1]).

Gegenüber dem Auftrag zum Verkauf ist das Eigenthümliche desselben zunächst darin zu erblicken, dass der Trödler nicht mehr als die Aestimationssumme zu leisten, andrerseits der Eigenthümer nicht weniger zu nehmen braucht; das Mehr des Erlöses ist der Vortheil, das Weniger der Nachtheil des Trödlers. Ob er noch einen besondern Lohn für seine Thätigkeit erhält, ist gleichgiltig[2]). Beim gewöhnlichen Mandat dagegen (und ebenso bei der modernen Verkaufscommission) liegt eine solche absolute Festsetzung des Aequivalents nicht vor; der Beauftragte soll unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters bestmöglich verkaufen; er hat den vollen Erlös, aber auch nur den Erlös abzuliefern; für den Mindererlös ist er nur unter bestimmten Voraussetzungen verantwortlich.

Liefert nun der Trödler die Aestimationssumme ab, so hat der Eigenthümer offenbar gar kein Interesse daran, ob er verkauft oder ob er die Sache etwa selbst behalten hat. Andererseits ist aber der, welchem die res aestimata vendenda datur, nicht ohne Weiteres befugt, sie selbst zu behalten; und Verkauf an sich selbst ist rechtlich unmöglich. Diese Schwierigkeit bleibt auch ganz die gleiche, ob nun der Trödler Eigenthümer wird oder nicht. Im letztern Fall kann er das Eigenthum nicht an sich selbst übertragen; im ersteren kann er die condictio ob c. datorum nur dadurch ausschliessen, dass er verkauft, nicht dadurch, dass er behält.

Demnach muss neben der Absicht, welche wir als auf rem vendendam gerichtet bezeichnen, noch eine andere Absicht alternativ bestehen: die Absicht des direkten Verkaufs an den

1) Vgl darüber im Allgemeinen Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 1 fgg.; Brinz kritische Blätter N. 1; Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 236 fgg. Nebenbei bemerkt ist die glückliche Conjektur, aestimationem statt actionem dari in L. 1 pr. D. de aest. (19, 3), schon lange vor Ihering (Jahrbücher Bd. 15 S. 284), von Brinz a. a. O. S. 42 aufgestellt worden. Auch stimmen Beide darin überein, dass die actio aestimatoria in allen Fällen Anwendung findet, wo eine Aestimation vorliegt. Dagegen mit Recht Karlowa, Rechtsgeschäft S. 260. Uns liegt diese Frage ferne.

2) L. 2 D. de aestim. (19, 3).

Trödler selbst. Diese Absicht ist wegen Mangels eines entgegenstehenden Interesses so selbstverständlich, dass sie nicht besonders hervorgehoben wird [1]), aber sie ist gleichwohl eine von der ersteren Absicht verschiedene und ihr selbständig gegenüberstehende Absicht, die ausdrücklich auch ausgeschlossen sein kann.

Diese Auffassung, die allerdings gewöhnlich nicht mit voller Bestimmtheit hervorgehoben wird [2]), wirft nun erst ein Licht auf die Schwierigkeiten, mit welchen die römischen Juristen in dieser Materie zu kämpfen hatten. Dieselben waren von doppelter Art.

1) Es fragt sich vor Allem, wie die eine Alternative, das rem vendendam dare, aufzufassen sei, ob als locatio conductio operis oder als locatio operarum, Mandat [3]) u. s. w.

Schon dieser Zweifel würde genügende Veranlassung zu einer so zu sagen neutralen Formel gegeben haben, die den Parteien die Möglichkeit offen liess, den für die rechtliche Qualifikation erforderlichen Thatbestand erst in iudicio in bindender Weise vorzubringen (L. 1 §. 1 D. de praescr. 19, 5).

2) Es fragt sich weiter, welche rechtliche Wirkung mit der andern Alternative eintritt. Bliebe man auf dem Standpunkt von Gaius III, 146 stehen, so würde sich ex accidentibus entscheiden, dass der bisher bedingt (alternativ) bestehende Kauf [4]) zur Perfektion gelangt ist. In der That spricht auch Ulpian von der Zuständigkeit der actio ex emto und zwar propter aestimationem. Nun ist soviel klar, dass er diese Klage nicht für schlechthin statthaft gehalten haben kann, so dass das Geschäft in seiner Totalität als Kauf aufzufassen wäre; dawider ist längst schon von Brinz (a. a. O.

1) Es verhält sich damit, wie mit der alternativen oder generellen Absicht der Eigenthumsübertragung von Seiten des Verkäufers, welchem sofort baar bezahlt wird. — Es liegt keine Ueberschreitung der Gränzen der Interpretation vor.

2) Die Bearbeiter der Lehre gehen gewöhnlich von der Vorstellung aus, als ob das rem vendendam dare als solches schon die Möglichkeit des eigenen Erwerbes für den Trödler enthielte.

3) L. 1 pr. D. cit. ; L. 13 pr. D. de praescr. verb. (19, 5). Ueber das wunderliche Missverständniss von Chambon, dass Ulpian an locatio conductio rei denke, vgl. Brinz a. a. O. S. 5.

4) „Falls ich die Sache nicht verkaufe und falls ich es nicht vorziehe, sie zurückzugeben, behalte ich sie selbst käuflich."

S. 13) bemerkt, dass ein Kauf mit der alternativen Verpflichtung des Käufers, die Sache zurückzugeben oder den Preis zu erstatten, ein Unding ist. Man darf aber die Aeusserung auch nicht so verstehen, dass überall, wo blos die Aestimation in Betracht kommt, das Geschäft schlechthin als Kauf aufgefasst werden solle, ohne Rücksicht darauf, ob der Trödler die Sache verkauft oder behält; denn dann wäre das rem vendendam dare rechtlich ganz irrelevant und es läge ein Kauf auf Probe vor, wobei für den Trödler die Gelegenheit des Weiterverkaufs lediglich als Motiv des Behaltens erschiene. Vielmehr will Ulpian nur sagen: wenn der Trödler die Sache selbst käuflich behält, was propter aestimationem möglich ist, so wäre an sich die actio venditi begründet. Aber der Eigenthümer kann ja gar nicht wissen, welche Verfügung der Trödler über die Sache getroffen hat, und darin liegt der Unterschied von dem Falle des Gaius [1]).

Um alle diese Schwierigkeiten zu beseitigen, ist eine formell einheitliche Sanktion geschaffen worden. Der rechtliche Charakter des Geschäfts bestimmt sich nicht ex accidentibus bald als Kauf bald als Miethe oder Mandat, sondern es findet immer die nämliche Klage statt, und der conkrete Verlauf, den das Geschäft genommen hat, kommt erst in iudicio zur Ausfüllung des quidquid dare facere oportet ex bona fide zur Sprache. Danach ist der Trödelvertrag ein Vertrag für sich, der aber im conkreten Fall als Kauf verlaufen und wirken kann, und zwar auf Grund der in ihm alternativ enthaltenen kaufrechtlichen Absicht [2]).

1) Die Auffassung von Chambon, dass sich der Trödelvertrag nachträglich in einen Kauf verwandeln könne, ist unklar und haltlos. Dagegen Brinz S. 14, der aber den richtigen Kern des alternativen Verhältnisses auch nicht herausgefunden zu haben scheint. Auch Leist S. 242 verfehlt den richtigen Gesichtspunkt; die Wahl kann das Geschäft nicht zum Kauf machen, aber sie könnte, wie in dem Fall des Gaius, nachträglich zur Erscheinung bringen, dass das Geschäft von Anfang an Kauf war. Die praktische Schwierigkeit dieser Erkenntniss führt hier zu anderer Construktion.

2) Die actio aestimatoria ist einseitig; sofern daher der Trödler Gegenansprüche klagbar geltend machen will, muss er die dem conkreten Charakter des Geschäfts entsprechende Klage anstellen, actio emti u. s. w. — Ueber die Formel der a. aestimatoria vgl. Lenel Ediktum §. 110 S. 238.

Es besteht keine Veranlassung, hier den Trödelvertrag im Einzelnen darzustellen; nur soweit er sich in seinem Verlauf als Kaufgeschäft entwickeln kann, mögen noch folgende Punkte kurz berührt sein.

1) Im römischen Recht beginnt der Trödelvertrag mit der Vorleistung: rem vendendam dare. An und für sich ist diese Uebergabe nicht, wie im Falle des Gaius, für die weitere thatsächliche Entwicklung des Geschäfts unbedingt nöthig. Allein einen Consensualcontrakt, dessen Inhalt noch in alternativer Weise unentschieden ist, kennt das römische Recht nicht; klagbar ist der Kauf, klagbar die Miethe, aber nicht klagbar ist eine solche alternative Combination von Kauf und Miethe; es ist also die Grundlage des unbenannten Realcontrakts nöthig, wenn an der Einheitlichkeit des Geschäfts und der Klage festgehalten werden soll.

Für das heutige Recht ist der Trödelvertrag auch als Consensualvertrag möglich, auf Grund dessen zunächst die Aushändigung der Sache verlangt werden kann.

2) Entscheidet sich der Trödler für das Behalten der Sache, so sind, was den Eigenthumsübergang anlangt, folgende Fälle möglich [1]).

a) Unzweifelhaft kann die Vorleistung bereits als Eigenthumsübertragung gemeint sein [2]), sowohl bei Fungibilien, die gegebenen Falls nur in genere restituirt werden sollen, als bei individuell bestimmten Sachen. Alsdann hat die Entscheidung des Trödlers für das Behalten lediglich eine Veränderung in der Causa des Eigenthums zur Folge; der Anspruch auf Rückgabe wegen mangelnder Voraussetzung erlischt [3]).

b) Ist aber der Trödler in der Zwischenzeit blos Besitzer [4]),

1) Vgl. Leist a. a. O. S. 250.

2) Nur darf man nicht mit Puchta Pand. und Vorlesungen §. 313 an Eigenthum mit Resolutivbedingung denken; Brinz a. a. O. S. 37. Dass der Gebrauch des Worts dare bei den unbenannten Realcontrakten nicht entscheidet, ist bekannt; Brinz S. 36.

3) L. 5 §. 19 D. de tribut. (14, 4); Leist a. a. O. S. 252. Vgl. auch L. 15 D. de c. c. d. (12, 4).

4) Dass im Trödelvertrag als solchem ein Creditiren des Preises liegt, ist eine unrichtige Behauptung von Brinz (S. 35), die auf der Verwechslung des Anvertrauens der Sache und des Creditirens des Preises beruht. Dagegen Leist a. a. O. S. 242.

so erwirbt er nach allgemeinen Grundsätzen das Eigenthum nicht schon durch seine Entscheidung, sondern erst mit Bezahlung oder Creditirung des Preises [1]); auch erfolgt der Erwerb nicht mit rückwirkender Kraft; es ist gar nicht einzusehen, warum hier etwas anderes gelten sollte, als bei anderen schwebenden Erwerbungen.

§. 231.

IV. Dem Auftrag zu verkaufen [2]) und der modernen Verkaufscommission [3]) fehlt die Aestimation, und die alternativ concurrirende Absicht des Selbstkaufs entbehrt daher des wesentlichen Erfordernisses des pretium certum. Der Mandatar ist zwar verpflichtet, den günstigsten Preis zu erzielen, nicht aber der Käufer den günstigsten Preis zu geben [4]). Dabei kommt noch ein anderes Bedenken in Betracht. Beim Trödelgeschäft erhält der Eigenthümer immer die nämliche Summe, und der selbstkaufende Trödler benachtheiligt daher höchstens sich selbst. Anders hier, wo der höchstmögliche Preis zu Gunsten des Eigenthümers zu erzielen ist. Wird daneben ein Preis bestimmt, um welchen der Beauftragte selbst kaufen kann, so steht dieser Umstand offenbar dem Verkauf an Dritte um den

1) Das Gegentheil behauptet Leist S. 250 auf Grund des Missverständnisses von L. 12 §. 5 und L. 25 §. 1 D. de usufr. (7, 1) Vgl. darüber Bd. I S. 209 A. 2.

2) Rem vendendam mandare L. 13 §. 25 D. de a. e. v. (19, 1); L. 15 §. 2 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

3) H.G.B. A. 360—378.

4) Nebenbei glaube ich auch, dass die Vereinigung zwischen L. 44 D. pro socio (17, 2) und L. 13 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) — beide von Ulpian, nur auf Grund dieser Unterscheidung möglich ist. a) Die letztere Stelle spricht ausdrücklich von Aestimation; dadurch ist die Annahme eines Gesellschaftsvertrags ausgeschlossen; der Trödler ist nicht zugelassen als socius distractionis. b) In L. 44 D. ist von Aestimation keine Rede. Es heisst, wenn du um zehn verkaufst, so hast du zehn zu ersetzen, der Ueberschuss gehört dir. Dies kann als stillschweigende Aestimation gemeint sein; „du darfst aber nicht unter zehn bringen"; dann ist es Trödelvertrag. Es kann aber auch so gemeint sein: bis zu zehn hast du keinen Profit und keinen Schaden; bringst du weniger, so hast du dich zu verantworten; bekommst du mehr, so ist es dein Vortheil. Hierin liegt ein Handel auf Gewinn und Verlust und es ist der animus societatis coëundae vorhanden.

möglichst hohen Preis hindernd im Wege. Deshalb kann hier nicht so wie beim Trödelvertrag die alternativ concurrirende Absicht des Verkaufs an den Beauftragten selbst ohne Weiteres als selbstverständlich angenommen werden; namentlich kann ein für den Weiterverkauf gegebenes Limito nicht schlechthin als der Preis verstanden werden, wofür jenem die Sache selbst zum Kauf angeboten ist. Das alternative Verhältniss tritt vielmehr nur unter besonderen Voraussetzungen ein[1]). Wo dieselben bestehen, gehen wir nicht auf die Construktion des Gaius zurück. Das Geschäft stellt sich nicht ex accidentibus so dar, als wäre es von Anfang an so oder so geschlossen worden. Wir haben vielmehr auch hier ein einheitliches Geschäft mit alternativem Verlauf; auch wenn es als Proprekauf vollzogen wird, so erscheint es nicht mit rückwirkender Kraft als Kaufcontrakt; gewisse Wirkungen, die beim einfachen Kaufcontrakt nicht eintreten, machen sich hier geltend, gerade weil der Kauf selbst nur der in concreto gewählte Verlauf eines einheitlich sanktionirten Geschäfts ist[2]).

Sind dagegen die Voraussetzungen nicht vorhanden, unter welchen alternative Offerte zum eigenen Kauf angenommen werden kann, und der Beauftragte behält gleichwohl die Sache entgeltlich, so liegt kein Kauf, sondern eine negotiorum gestio vor, die entweder auf Grund der Genehmigung des Herrn oder auf Grund der utilitas negotii zu einem dem Kauf analogen Resultate führen kann[3]).

1) Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 376. „Bei der Commission zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, ist der Commissionär, wenn der Committent nicht ein anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, — — welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten."

2) So hat a) auch beim Propregeschäft der Commissionär die besonderen Vortheile, die ihm als solchem gebühren, Provision und Ersatz der Unkosten, (Art. 376 Abs. 2) und b) der rechtzeitige Widerruf des „Auftrags" ergreift auch die Befugniss bezüglich des Propregeschäfts. Dem Widerruf unterliegt das Geschäft gerade wegen seiner Einheitlichkeit, auch wenn es als Kauf verlaufen würde. — Es liegt mir ferne, hier genauer auf die Verkaufscommission einzugehen.

3) Oben S. 289.

Fünftes Kapitel.

Die Arrha.

§. 232.

Der Abschluss des Kaufvertrags ist formlos und unterliegt keinen andern Vorschriften als den allgemeinen über den Abschluss obligatorischer Verträge, die hier nicht dargestellt werden sollen. Auch die Arrha ist dem Kauf nicht eigenthümlich; aber in den Quellen kommt sie — abgesehen vom Verlöbnisse — vorzugsweise nur in diesem Zusammenhang vor, so dass sie denn auch hier eine Erörterung finden möge [1]).

Dass für die Giltigkeit des Vertrags die Arrha ganz unerheblich ist, wird wiederholt hervorgehoben; ihr Zweck ist vielmehr lediglich ein deklaratorischer; es soll der Abschluss des Vertrags, namentlich die Einigung über den Preis, dadurch ausser Zweifel gestellt werden [2]).

Aus dieser Funktion ergibt sich zunächst mit Nothwendigkeit, dass die Arrha den Vertragsschluss selbst begleiten

1) Aeltere Literatur bei Glück Bd. 16 S. 91—97. Savigny Obligationenrecht Bd. II S. 267; Windscheid §. 325, Arndts § 240; Dernburg Pr. P.R. II §. 35. Ueber die Arrha im älteren römischen Recht vgl. Bd. I, S. 519 fgg.

2) pr. I. de emt. (3, 23). Gai. III, 139. Emtio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arrha quidem data sit. L. 35 pr. D. h. t. Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. Die Vergleichung der Arrha mit der Stipulation (Savigny a. a. O. S. 267), ist gleichwohl irrig; sie beruht auf der Verwechslung der constitutiven Form und des blos declaratorischen Mittels. Bd. I S. 462 fgg. Vgl. v. der Pfordten Abhandlungen S. 257, Brinz Pandekten I S. 359 (zweite Aufl.).

muss; nachträgliche Leistung kann zwar, wie jede Zahlung, als Anerkennung, nicht aber als Argumentum, als Beweismittel für den Abschluss aufgefasst werden.

Dagegen ist es für diese Funktion nicht wesentlich, dass die Arrha sofort gegeben wird; in Ermangelung eines gegenwärtigen Objects kann sie auch versprochen werden; dieses Versprechen als solches hat alsdann den Charakter des Arguments für den Abschluss. Doch kommt in den Quellen meines Wissens kein Beispiel einer versprochenen Arrha vor.

Weiter ergibt sich aus jener Funktion, dass die Arrha nicht nothwendig in Geld besteht; in mehreren Stellen wird auch der Ring erwähnt. Hiebei tritt wohl noch die besondere Bedeutung hervor, die derselbe als Recognitionsmittel hat [1]).

Damit ist von selbst der Unterschied der Arrha von der Anzahlung gegeben. Diese besteht nothwendig in Geld, sie erfolgt regelmässig bei der Uebergabe der Sache [2]); mit derselben ist die Creditirung des Rests des Kaufpreises verbunden [3]).

Ist die Arrha an und für sich keine Erfüllung, so schliesst auch die Hingabe derselben die Möglichkeit nicht aus, den Vertrag durch contrarius consensus wieder aufzuheben; wohl aber kann sie selbst in diesem Fall mit der Contraktsklage zurückgefordert werden [4]).

Damit, dass sie als Zeichen des abgeschlossenen Vertrags gedient hat, ist die Bestimmung der Arrha erfüllt; im Falle des Vollzugs kann sie daher mit der Contraktsklage oder mit der condictio sine causa zurückgefordert werden [5]).

Dagegen bleibt sie dem Verkäufer auch ohne besondere Verabredung verfallen, wenn derselbe von der lex commissoria Gebrauch macht [6]). Dieses beruht auf der besonderen Beschaf-

1) L. 5 § 15 D. de instit. (14, 3); L 11 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1); L. 2 C. quando liceat. (4, 45).

2) Namentlich ist also die beim Naturalkauf stattfindende Theilzahlung keine Arrha.

3) Der Unterschied zwischen Arrha und Anzahlung ist namentlich in L 2 C. cit. scharf hervorgehoben. Vgl. Burckhard im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 51 S. 319 fgg.

4) L. 11 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1); L. 2 C. cit.

5) L. 11 §. 6 D. cit.; L. 5 § 15 D. de inst. actione (14, 3).

6) L. 6 pr, L. 8 D. de leg. commiss. (18, 3).

fenheit dieser resolutiven Nebenverabredung; er darf in keiner Weise verallgemeinert werden. Namentlich ist die Behauptung völlig grundlos, dass der Käufer, der sich zur Erfüllung erst zwingen lässt, die Arrha ohne Weiteres verliert; damit würde sie den Charakter accessorischer Conventionalstrafe annehmen, der den Quellen durchaus unbekannt ist [1]). Die Analogie der s. g. arrha contractu imperfecto data, von welcher ausschliesslich in L. 17 C. de fide instr. (4, 21) die Rede ist, erscheint als unzutreffend.

§. 232 [a].

Nach der bisherigen Darstellung hat die Arrha eine gewisse Verwandtschaft mit dem Faustpfand, und von nicht juristischen Schriftstellern wird wohl auch beides vermengt [2]). Im rechtlichen Sinne aber besteht ein wesentlicher Unterschied.

1) Gemeinsam ist der Zweck der Sicherung in Beziehung auf einen abgeschlossenen Vertrag; in diesem weiteren Sinne ist auch die Arrha ein „Pfand“. Aber

2) der Zweck selbst hat in beiden Fällen eine verschiedene Richtung. Nur beim Pignus handelt es sich um die Gewährung realer Sicherheit. Deshalb kann die Arrha nicht verkauft werden und für den Zweck derselben dient wohl auch ein Object, das als Pfand völlig werthlos wäre [3]).

Damit gelangen wir von selbst zu der Frage, ob die Arrha, soferne sie nicht in offenem Geld besteht, durch Eigenthumsübertragung verwirklicht wird. Die bejahende Antwort kann nicht ohne Weiteres aus der Statthaftigkeit der condictio ob c. d. oder sine causa abgeleitet werden, denn Gegenstand dieser Klagen kann auch der blose Besitz sein; ebensowenig aus dem öfter vorkommenden Ausdruck arrham dare [4]), welcher Ausdruck ausserhalb der Klagformulare keineswegs eine feste technische Bedeutung hat. Aus inneren Gründen aber lässt sich die Nothwendigkeit der Eigenthumsübertragung in keiner Weise ab-

1) A. A. Burckhard a. a. O. S. 314. Seine Ausführung ist wesentlich eine petitio principii, um der Ausdehnung der L. 6 pr. D. de leg. comm. (18, 3) auf den gezahlten Kaufpreis zu entgehen. Ueber pr. I. h. t. siehe den §. 233.

2) Vgl. auch L. 5 §. 15 D. de inst. (14, 3)

3) z. B. Legitimationspapiere.

4) L 35 pr. D. h. t., L. 11 §. 6 D. de a e. v. (19, 1).

leiten. Es handelt sich um das Anvertrauen zu einem bestimmten Zweck, und zwar um das formlose Anvertrauen; warum dies nicht ebensowohl durch blose Besitzübergabe sollte erfolgen können, wie bei Commodat und Pignus, ist nicht einzusehen. Ja es kann umgekehrt nicht einmal die Absicht der Eigenthumsübertragung präsumirt werden; soll der Geber einer Arrha ohne Weiteres die Absicht haben, sich schlechter zu stellen, als der Geber eines Faustpfandes? Allerdings liegt dort kein benannter Realcontrakt vor wie hier. Allein dies ist einmal daraus erklärlich, dass die Arrha als Accessorium eines Kaufs erscheint, dessen Klage sich ohne Weiteres auch auf sie erstreckt, während das Pignus bei jeder Obligation, auch bei einer obligatio stricti iuris vorkommen kann; sodann daraus, dass bei mangelndem Recht der Verwerthung der Verlauf des Verhältnisses ein viel einfacherer ist als der des Pignus. Offenbar haben die römischen Juristen die Hingabe der arrha confirmatoria überhaupt nicht als formell selbständigen Contrakt aufgefasst, weder als benannten noch als unbenannten.

Selbstverständlich können die beiden Zwecke der Arrha und des Pignus durch die Absicht der Contrahenten vereinigt werden; in diesem Falle würde die Sanktion des Pignus als die vollere diejenige der Arrha vollständig absorbiren.

Besteht die Arrha in Geld, so kann sie nachträglich, wenn Erfüllung stattfindet, den Charakter der Theilzahlung annehmen, indem sie dem Kaufpreis gegenüber in Aufrechnung gebracht wird[1]).

Eine s. g. arrha poenitentialis beim Kauf ist dem römischen und gemeinen Recht unbekannt. Auch in Verbindung mit der lex commissoria tritt dieser Charakter nicht ein, da es keineswegs in der Willkür des Käufers liegt, durch Aufopferung der Arrha die Verwirklichung jenes Vorbehalts herbeizuführen.

Selbstverständlich kann mit dem zu Gunsten des Käufers bestehenden Rücktrittsrecht (pactum displicentiae) ein pecuniärer Nachtheil vertragsmässig verbunden sein. Derselbe kann

1) Vgl. L. 6 §. 2; L. 8 D. de leg. comm. (18, 3) „reliqua pecunia“. H.G.B. Art. 285: „Sie ist, wenn nichts anderes vereinbart oder ortsgebräuchlich ist, zurückzugeben oder in Anrechnung zu bringen.“

bestehen im Verlust der Arrha, aber auch in einer für diesen Fall versprochenen Strafe. Dieses Versprechen, wenn in continenti beigefügt, bedurfte schon im klassischen Recht nicht der Form der Stipulation [1]).

§. 233.

So wenig im klassischen Recht der Vorvertrag zur Ausbildung gelangt ist (oben S. 276) und so wenig Pflege vollends das Gebiet der Vorverhandlungen von Seiten der Jurisprudenz und der Gesetzgebung erfahren hat, so tritt gleichwohl in der späteren Kaiserzeit eine Einrichtung hervor, mittelst deren auch schon im Stadium der Traktate indirekt eine gewisse Bindung der verhandelnden Theile herbeigeführt werden soll. Es ist dies die von den Neueren sogenannte arrha contractu imperfecto data [2]); den Pandekten ist dieselbe unbekannt [3]). Es ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass hier eine fremde Rechtsbildung vorliegt und dass ein Zusammenhang mit der arrha sponsalitia besteht, die ebenfalls nicht auf römischem Boden entstanden ist. Das Verhältniss, wie es uns im Codex entgegentritt, ist folgendes.

Der eine Theil (Käufer) gibt dem andern eine Leistung mit der Verabredung, dass sie ihm im Falle des Zustandekommens des Vertrags oder des vom Gegner verschuldeten oder des zufälligen Nichtzustandekommens zurückgegeben werde. Dieser Vorgang bewegt sich durchaus im Rahmen eines unbenannten Realcontrakts nach dem Schema: do ut des. Der Vertragsabschluss selbst ist dabei nicht in obligatione, sondern nur in condicione; der „Verfall“ besteht rechtlich darin, dass für einen gewissen Fall die Rückgabe nicht ausbedungen ist. Es liegt einfach eine Conventionalstrafe vor; nur nicht, wie nach ursprüng-

1) arg. L. 6 pr. D. de serv. export. (18, 7).

2) Vgl. Hieronymus in epistola ad Ephesios I, 13 (bei Schrader ad l. c. I.) Arrabo futurae emtionis quasi quoddam testimonium.

3) Denn die L. 11 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1) wird schwerlich hieher zu beziehen sein. Im Anfang ist von arrha confirmatoria die Rede; die folgende Erörterung bezieht sich nicht auf einen Gegensatz dazu, sondern auf den verschiedenen Verlauf des abgeschlossenen Vertrags; unter emtione ist also, wie öfter, Vollzug zu verstehen. Auch die arrha sponsalitia kommt bekanntlich in den Pandekten nur einmal vor; L. 38 D. de R. N. (23, 2).

licher römischer Sitte, in Gestalt bedingter Stipulation, sondern in Gestalt der datio mit bedingter Pflicht der Rückgabe.

Dieses Verhältniss wird ebenfalls als Arrha bezeichnet. Man muss sich darüber klar werden, dass dieselbe mit der s. g. arrha confirmatoria gar nichts gemein hat als den Namen und die allgemeine Tendenz, ein Sicherungsmittel, ein „Pfand" zu sein. Jeder weitergehende Versuch, diese beiden Erscheinungen als Arten eines juristischen Oberbegriffs zu construiren, beruht auf falschem Dogmatismus und führt zu falschen Consequenzen [1]). So hat namentlich die Meinung, dass die Arrha als solche nothwendig accessorisch sein müsse, zu den wunderlichsten Versuchen geführt, auch für den contractus imperfectus irgend welchen Punkt zu entdecken, wo er als perfectus betrachtet werden könnte; selbst der Unsinn einer quasi-emtio ist dabei zum Vorschein gekommen.

Die erste Erwähnung dieser Arrha findet sich meines Wissens in L. 3 C. de a. e. v. (4, 49) von Diocletian und Maximian:

Ex arrhali pacto personalis dumtaxat paciscentibus actio praeparatur.

Von der die arrha confirmatoria kann diese Stelle nicht wohl verstanden werden [2]).

Denn worauf sollte sich hier der Gegensatz beziehen? Soll gesagt sein, dass die Arrha nicht mit dinglicher Klage zurückverlangt werden kann? allein diese Erklärung beruht auf der petitio principii, dass mit der Arrha immer und nothwendig Eigenthumsübertragung verbunden ist (s. oben S. 417). Und was soll das Wort „praeparatur" bedeuten?

Wohl aber erhält die immerhin abgerissene Stelle einen erträglichen Sinn, wenn man sie auf die arrha c. imperfecto dato

1) Von falschem Dogmatismus ist hier auch Savigny (S. 271) nicht frei, dessen Unterscheidung der beiden Arten der arrha ungenügend ist. Richtig z. B. Sintenis Bd. II §. 99, der die arrha c. i. d. als selbständigen Vertrag auffasst. Uebrigens hat auch die Bezeichnung arrha c. imperfecto data zu auffallenden Irrthümern geführt, z. B. zu dem Satze, dass diese arrha auch während schwebender Bedingung vorkommen könne (Glück a. a. O. S. 92).

2) Dies ist gleichwohl die herrschende Meinung. Wie hier anscheinend Keller Pand. §. 224 A. 2.

bezieht. Dass die Bestellung selbst als arrhale pactum bezeichnet wird, ist nicht befremdend; es handelt sich um datio sub lege oder cum pacto; Justinian spricht in L. 17 C. de fide instr. (4, 21) geradezu von contractus — dationis etiam arrharum vel alterius cuiusque causae. Sachlich besteht zwischen jenem pactum und diesem contractus kein Unterschied.

Die Kaiser sagen nun: aus dem pactum arrhale werde den Paciscenten nur die persönliche Klage vorbereitet. Der Gegensatz ist also der, dass das arrhale pactum nicht schon der Kaufvertrag selbst ist, sondern eine Vorbereitung desselben, und zwar auch nicht so, als ob unmittelbar durch das pactum die Vorbereitung erfolge, sondern aus Veranlassung desselben (ex) [1].

Eine solche Arrha kann auch doppelseitig gedacht werden [2]. Zur Vereinfachung dient es, wenn sich der Empfänger für den Fall, dass der Vertragsschluss durch ihn scheitert, zur Leistung des Doppelten verpflichtet. Dann liegt eine Combination von datio und blosem Versprechen vor; es darf daher bezweifelt werden, ob dieses Geschäft in seiner Totalität nicht noch in späterer Zeit über den Rahmen des unbenannten Realcontrakts hinausging, so dass die Stipulation herangezogen werden musste [3].

Im justinianischen Recht dagegen ist dasselbe auch ohne Stipulation giltig; und was Justinian als contractus dationis arrharum bezeichnet, ist die an die Hingabe und Empfangnahme eines Objects geknüpfte formlose Verabredung, dass dasselbe

1) Man darf nicht etwa auf die Stellung von dumtaxat Gewicht legen und danach das Wort personalis betonen. Denn in den Formeln steht dumtaxat vor dem zu beschränkenden Wort, man könnte es also ebenso gut zu paciscentibus ziehen. Dies gibt keinen Sinn; daraus folgt aber, dass die Wortstellung überhaupt nicht entscheidend ins Gewicht fallen kann. — Verschwiegen soll nicht werden, dass die Basiliken (19, 8, 58) das „praeparatur" einfach mit τίκτεται (gignitur) übersetzen.

2) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass die Doppelseitigkeit nicht auch bei der arrha confirmatoria vorkommen kann; den Quellen ist aber dieses Verhältniss unbekannt.

3) Geht doch sogar noch zu Papinian's Zeit der alternative Aestimationsvertrag strenge genommen über das Gebiet des unbenannten Contrakts hinaus. L. 8 D. de praescr. (19, 5).

je nach Umständen einfach zurückzugeben oder im doppelten Betrag zu ersetzen sei.

Der Rücktritt von den Vorverhandlungen bleibt dann noch immer jedem Theil frei, aber mit der Wirkung einer Strafe für die zurücktretende Partei.

Dass in der späteren Zeit solche Verträge auch wohl bedeutende Objecte hatten, beweist der Umstand, dass dafür sogar schriftlicher Abschluss verabredet wurde [1]).

Noch einen Schritt weiter geht Justinian in L. 17 C. cit., indem er die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Verabredung beseitigt. Damit ist das pactum arrhale einfach in einen benannten Contrakt verwandelt, es genügt die Bezeichnung der Gabe als Arrha, um ohne Weiteres den alternativen Rechtserfolg hervorzurufen, dass sie bald dem Empfänger verbleibt, bald von ihm im einfachen oder im zweifachen Betrag ersetzt werden muss.

Es ist nun noch der Beweis erforderlich, dass Justinian in der L. 17 C. cit. wirklich das bisher besprochene Verhältniss im Auge gehabt und geregelt hat.

Dieser Beweis ist dadurch einigermassen erschwert, dass die beiden in Betracht kommenden Stellen, nämlich eben die L. 17 §. 1 C. cit. [2]) und das pr. I. h. t. im Wortlaut nicht völlig übereinstimmen.

Die betreffenden Worte der L. 17 §. 1 C. cit. lauten:

> Illud etiam adiicientes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emtione cuiuscunque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis [3]), licet non sit specialiter adiectum quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri

1) Justinian hebt diesen Fall in L. 17 C. de fide inst besonders hervor. — Die schriftliche Form schliesst sich an die Hingabe an; der Charakter als Realcontrakt wird also dadurch nicht berührt.

2) Das principium enthält bekanntlich die Vorschriften über die bedungene Schriftlichkeit des Vertrags. Auf diesen Theil des Gesetzes beabsichtige ich hier nicht weiter einzugehen.

3) Diese Worte können nicht, wie vielfach geschieht, z. B. auch von Savigny a. a. O. S. 270, auf die vorhergehenden Worte: super facienda emtione bezogen werden, sondern nur zu datae, wie ja gerade im Anfang der Stelle von schriftlicher Abfassung der Arrhalverträge die Rede ist. Gerade insofern stimmt also L. 17 C. cit. mit pr. I. h. t. nicht überein.

oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est vendere recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est ab emtione recedens datis a se arrhis cadat repetitione earum deneganda [1]).

Die Beziehung dieser Worte auf einen erst abzuschliessenden Vertrag liegt so klar vor, dass sie wohl auch noch nie bezweifelt worden ist. Die Worte venditionem recusare, ab emtione recedere bedeuten nach dem ganzen Zusammenhang nicht die Nichterfüllung eines geschlossenen Vertrags, sondern das Zurücktreten von der Vertragsunterhandlung. (Denselben Sprachgebrauch haben **wir** ja auch).

Im Wesentlichen eine Reproduktion dieses ausdrücklich in Bezug genommenen Gesetzes gibt **Justinian** im pr. I. h. t. Im Eingang bestätigt er das bisherige Recht in Beziehung auf die formlos abgeschlossenen Kaufcontrakte, zu deren Giltigkeit auch nicht eine Arrha gehört.

Sed haec quidem de emtionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet; nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est.

Dann werden die Vorschriften über die Perfektion des Vertrags, dessen schriftliche Abfassung die Contrahenten bedungen haben, dahin zusammengefasst:

donec enim aliquid ex his (den vorher beschriebenen Förmlichkeiten) deest et poenitentiae locus est et potest emtor vel venditor sine poena **recedere** ab emtione.

Auch hier ist unzweifelhaft von einem erst zu schliessenden Vertrag und von dem Rücktritt im Stadium der Vorverhandlungen die Rede.

Diese Möglichkeit des **straflosen** Rücktritts schränkt der Kaiser mit Rücksicht auf eine allenfalls gegebene Arrha ein; die hiedurch bewirkte Modification aber dehnt er sofort aus auf den nicht schriftlich, sondern mündlich zu errichtenden Vertrag:

Ita tamen **impune** iis recedere concedimus nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc enim subsecuto sive in scriptis sive sine scriptis **venditio** celebrata est, is qui

1) Der dritte mögliche Fall, dass der Vertrag durch Zufall oder durch den Willen beider Parteien nicht zu Stande kommt, bedarf keiner besonderen Regelung.

recusat adimplere contractum [1]), si quidem est emtor perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est [2]).

Vergleicht man diese Stelle mit der des Codex, so ist man zunächst geneigt, an eine Verwechslung von venditio mit datio (arrhae) zu denken. Ob eine solche wirklich vorliegt, muss dahingestellt bleiben; jedenfalls ergibt sich aus Theophilus, dass keine Textescorruption vorliegt. Aber eben dieser übersetzt: celebrata est mit dem Präsens γένεται, denkt also an den erst abzuschliessenden Vertrag (celebrata = celebranda) [3]). Daher ist die einzige Abweichung der Institutionenstelle die, dass Justinian hier die Bedeutung der Arrha auch für den formlos abzuschliessenden Vertrag ausdrücklich hervorhebt; auch hier können die Verhandlungen nicht mehr ungestraft abgebrochen werden [4]).

Will man dagegen celebrata buchstäblich von einem bereits abgeschlossenen Vertrag verstehen, so ergeben sich ganz unüberwindliche Schwierigkeiten; vor Allem die, dass Justinian zwei ganz verschiedene Fälle vermengen würde, wovon doch die Codexstelle keine Spur enthält: dass ferner in den beiden unmittelbar aufeinander folgenden und dem Sinne nach zusammengehörenden Sätzen: ita tamen — hoc etenim die Worte recedere und recusare adimplere contractum in einem total verschiedenen ja entgegengesetzten Sinn verstanden werden müssten. Dazu kommt Folgendes. Versteht man den zweiten Satz von der Nichterfüllung des geschlossenen Vertrags, so hat man nur folgende Wahl:

1) Vgl. coniugium recusare (die Eingehung der Ehe) in L. 16 C. de episc. aud. (1, 4).

2) Keller, Pand. §. 224 ignorirt die Erstreckung auf den formlosen Vertrag ganz („als Bindungsmittel für den formlosen Abschluss nach eingetretenem materiellen Vertragswillen (?)")

3) Vgl. Schrader ad h. l.

4) Savigny a. a. O. S. 271 verwirft diese Erklärung, weil die Nebenbestimmung der Arrha voraussetze, dass der Inhalt des Vertrags vollständig feststehe, von welcher Thatsache die Arrha eben ein Zeichen sein soll. Aber dies ist eine ganz willkürliche Annahme, dass die Arrha die materielle Willenseinigung documentirt; namentlich ist nicht zu beweisen, dass im Falle der bedungenen Schriftlichkeit die Arrha erst nach erfolgter materieller Einigung gegeben werden kann.

1) Die Nichterfüllung ist gestattet gegen Aufopferung der Arrha. Dies wäre offenbar der nächstliegende Sinn: der Rücktritt ist straflos, soferne nicht Arrha vorliegt.

Dann ergibt sich aber eine solche fundamentale Umgestaltung des ganzen Systems des Contraktschlusses, wie es in Pandekten, Codex und Institutionen vorliegt und ein solch schroffer Widerspruch zu den unmittelbar vorhergehenden Eingangsworten, dass diese Auslegung geradezu unmöglich ist. Oder

2) mit der Nichterfüllung ist die besondere Strafe des Verlustes der Arrha verbunden; die arrha confirmatoria soll zugleich den Charakter einer accessorischen Strafe haben [1]). Allein diese Auslegung, die immerhin zu einem sachlich möglichen Resultat führt, passt nicht zum Wortlaut. Der Gedanke, vom geschlossenen Vertrag kann man nicht zurücktreten und ausserdem wird man wegen thatsächlicher Nichterfüllung auch mittelst der Arrha gestraft, — liegt gewiss nicht in den Worten Justinian's. Ist die erstere Erklärung sachlich, so ist diese zweite sprachlich nicht möglich — abgesehen von den ihnen gemeinschaftlich gegenüberstehenden Bedenken.

Wir beziehen also, offenbar im Einklang mit Theophilus, die Institutionenstelle ebenso wie die Codexstelle ausschliesslich auf die s. g. arrha contractu imperfecto data. Das Gesammtresultat ist folgendes:

I. Beim formlosen Vertrag kommt die Arrha, schon nach Pandektenrecht, als Zeichen des abgeschlossenen Vertrags vor.

II. Auch im Stadium der Vorverhandlungen, und zwar in jedem beliebigen und ohne Unterschied, ob der Vertrag schriftlich errichtet werden soll oder nicht, kann eine Arrha vorkommen, als Strafe für denjenigen Theil, der von den Verhandlungen zurücktritt.

Man sollte daher auch in der systematischen Darstellung von der Arrha an zwei verschiedenen Stellen handeln; von der arrha confirmatoria beim Vertragsschluss, von der arrha contractu imperfecto data in der Lehre von den Vorverhandlungen. Ganz ungeeignet ist die Einfügung der Arrha unter die „Bestärkungsmittel“ der Verträge.

1) So Savigny S. 271. Unklar Keller §. 224. Windscheid a. a. O. widerspricht zwar der Savigny'schen Interpretation von L. 17 §. 1 C. cit., seine eigene Ansicht ist aber ebenfalls unhaltbar.

Sechstes Kapitel.

Existenz und Beschaffenheit des Kaufobjects.

§. 234.

Durch die bisherige Untersuchung sind die Momente festgestellt worden, welche für das Dasein und den Inhalt der rechtsgeschäftlichen Absicht bestimmend sind. Durch diese Momente ergibt sich, wenn der Ausdruck erlaubt ist, der subjective Thatbestand des Kaufes. Da derselbe aber einen Erfolg bezweckt, der durch blosen Willen nicht hervorgerufen werden kann, so tritt für das vollkommene Dasein des Kaufgeschäfts auch noch ein objectives Erforderniss hinzu, die thatsächliche Existenz des Kaufobjects; die durch den Willen der Contrahenten genügend bestimmte Sache muss auch existiren. In diesem Sinne sagt Pomponius in L. 8 pr. D. h. t.: Nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi (Oben S. 117)[1].

Gleichwohl ist dieser objective Thatbestand nicht unbedingt nothwendig. Die emtio spei ist der Kaufvertrag, bei welchem der Käufer eventuell auf denselben verzichtet, unbeschadet seiner eigenen contraktlichen Verbindlichkeit[2].

Von diesem immerhin exceptionellen Verhältnisse ist schon oben (S. 252 fgg.) die Rede gewesen[3]; im Folgenden fassen wir ausschliesslich den regelmässigen Organismus in's Auge.

1) Vgl. L. 15 pr. D. h. t. Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est.

2) Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, fährt Pomponius in L. 8 §. 1 D. cit. fort. Ebendahin gehört der bedingte Kauf mit vertragsmässiger Uebernahme der Gefahr während der Schwebe der Bedingung. Oben S. 255.

3) Ueber einen andern Fall vgl. §. 239.

Vor Allem ist erforderlich, dass das von den Parteien bestimmte Kaufobject überhaupt existirt, und zwar als mögliches Kaufobject; bei Sachen kommt daher neben der physischen Existenz insbesondere auch die Verkehrsfähigkeit in Betracht.

Allein wir müssen noch weiter gehen. Indem die Parteien das Kaufobject bestimmen, machen sie sich zugleich von den Eigenschaften desselben eine Vorstellung, welche massgebend ist für den rechtsgeschäftlichen Entschluss. Die Sache kann zwar existiren, aber so, dass ihre objective Beschaffenheit von dieser Vorstellung wesentlich abweicht [1]). Es ergibt sich daher die weitere Frage, ob und inwiefern der Mangel dieser Uebereinstimmung zwischen der vorgestellten und der wirklichen Beschaffenheit der Sache den objectiven Thatbestand des Kaufs ausschliesst.

Erster Abschnitt.

Die Existenz des Kaufobjects.

§. 235.

Das Kaufobject muss nicht nothwendig im Augenblick des Vertragsschlusses existiren noch umgekehrt genügt immer die Existenz in diesem Augenblick; vom massgebenden Zeitpunkt ist schon oben (S. 406 fgg.) die Rede gewesen. Kaum der Hervorhebung aber bedarf es, dass der unbedingte Kauf, dessen Object gegenwärtig nicht existirt, nicht etwa zum Zweck der Aufrechterhaltung als bedingter Kauf umgedeutet werden darf; eine Vergewaltigung der Absicht in dieser Richtung ist dem römischen Recht durchaus fremd [2]).

Umgekehrt ist der bedingte oder sonst in seiner Perfektion hinausgeschobene Kauf von Anfang an nichtig, wenn die Unmöglichkeit der Existenz bereits feststeht [3]); er fällt sofort zusammen, wenn sich diese Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Perfektion ergibt [4]).

1) Aliud pro alio. L. 9 §. 2 D. h. t.

2) L. 85 D. de V. O. (45, 1).

3) L. 21 pr. D. de a. e. v. (19, 1).

4) L. 10 §. 5 D. de j. d. (23, 3).

Besonders hervorzuheben sind noch folgende Fälle:

1) Beim copulativen Kauf mehrerer individuell bestimmter Sachen schliesst die Nichtexistenz der einen die Giltigkeit des Geschäfts auch bezüglich der übrigen aus[1]). Beim Kauf eines Collektivum tritt diese Wirkung nicht ein; hier müsste vielmehr die Existenz eines gewissen Stücks zur Bedingung des ganzen Geschäfts gemacht sein.

2) Der Kauf eines erst abzutrennenden oder auszuscheidenden Theils (S. 322 fg.) ist oder wird gegenstandslos, wenn das Ganze, aus welchem ausgeschieden werden soll, nicht existirt oder vor der Ausscheidung untergeht; sodann aber auch, wenn es nicht oder nicht mehr in dem Umfang existirt, dass die bestimmte Ausscheidung daraus erfolgen kann; keineswegs muss der Käufer, auch nicht gegen Preisminderung, mit einem geringeren als dem bestimmten Quantum zufrieden sein. Dagegen ist oder bleibt das Geschäft giltig, wenn das Ganze gerade den Umfang des auszuscheidenden Objects hat; die Handlung der „Ausscheidung“ ist weder vom subjectiven, noch vom objectiven Standpunkt wesentlich[2]) (S. oben S. 324). Ebenso ermangelt der Kauf mit Wahlbestimmung (S. 326) keineswegs des Objects, wenn blos die Wahl gegenstandslos ist; auch der Verkauf eines Stückes aus dem vermeintlichen Collektivum ist daher giltig, wenn nur ein einziges Stück vorhanden ist; mag die Wahl dem Käufer oder dem Verkäufer zustehen.

3) Der Nichtexistenz der Sache steht im Resultat der Fall gleich, wenn das Object auf Grund der Vertragsbestimmung nicht ermittelt werden kann. Dieses Resultat tritt insbesondere

1) L. 44 D. h. t. S. oben S. 359.

2) Es ist möglich, dass der Verkäufer aus demselben Ganzen mehrere Quantitäten an Verschiedene verkauft hat, deren Summe den Umfang des Ganzen übersteigt (von Anfang an oder durch nachträgliche Minderung). Alsdann ergibt sich nicht etwa eine verhältnissmässige Reduktion der einzelnen Quantitäten; wie sollten die einzelnen Käufer verpflichtet sein, sich dieselbe gefallen zu lassen? Jeder Kauf, für welchen kein genügendes Object übrig bleibt, ist vielmehr nichtig; und die „Giltigkeit“ bestimmt sich daher lediglich durch die Praevention der Ausscheidung. A. A. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 390.

dann ein, wenn das zur Individualisirung beabsichtigte Merkmal gleichwohl auf mehrere Sachen zutrifft. Hier wäre noch die ergänzende Thätigkeit der Wahl nöthig, welche aber ausserhalb der vertragsmässigen Absicht liegt und daher unstatthaft ist. Mit andern Worten: der als Specieskauf beabsichtigte Kauf kann nicht in einen alternativen umgedeutet werden.

§. 236.

Der Widerspruch, der im Kaufe einer nichtexistirenden Sache liegt, kann im einzelnen Falle den beiden Contrahenten bewusst sein. Alsdann fehlt, abgesehen von den besonderen Voraussetzungen der emtio spei, zugleich die Ernstlichkeit der Absicht; hinter dem scheinbar abgeschlossenen Kauf steht entweder der Scherz, wohl auch der gegenseitige Betrug; oder ein anderes, ernstlich gemeintes Geschäft, welches die Parteien nach Aussen zu verdecken irgendwelche Veranlassung haben.

Diesem Fall schliesst sich ohne Weiteres der andere an, wenn dem Käufer die Nichtexistenz bekannt ist. Ihm fehlt hier die ernstliche Absicht in der Richtung auf den normalen Kauf, und den Schaden, den ihm das scheinbare Eingehen auf das Geschäft verursacht, hat er sich lediglich selbst zuzuschreiben. Der Kauf ist daher schlechterdings wirkungslos; denn soweit etwa auf Seiten des Käufers die ernstliche Absicht vorhanden ist, sich dem Gegner zu verpflichten, beruht auch sie in Wirklichkeit nicht auf der Grundlage des Kaufes, sondern auf derjenigen der Schenkung, und die Giltigkeit derselben hängt daher, was hier nicht weiter zu verfolgen ist, von der Frage ab, ob dieser Absicht eine Annahme gegenübersteht [1]).

Nicht ganz so einfach ist die Sache dann, wenn der Käufer sich in Unwissenheit oder Irrthum befindet. Zwar ein normaler Kauf ist auch hier nicht vorhanden; der Mangel des objectiven Thatbestands kann durch jenen Irrthum nicht ersetzt werden. Wohl aber ergibt sich die Frage, ob nicht der Verkäufer gerade dafür, dass er eine nicht existirende Sache verkauft, dem Käufer verantwortlich ist.

1) Die L. 57 und 58 D. h. t. beziehen sich überhaupt nicht auf diesen Fall, und werden im nächsten Abschnitt genauer besprochen werden. In andern hieher gehörigen Stellen wird gerade das Nichtwissen des Käufers betont, z. B. L. 21 pr. D. de a. e. v. (19, 1).

Die in Betracht kommenden Stellen sind die folgenden:

1) L. 21 pr. D. de a. e. v. (19, 1).

Paulus l. XXXIII ad Edict.)

Si sterilis ancilla sit, cuius partus venerit, vel maior annis quinquaginta, quum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor.

Diese Stelle kann man nicht, wie Brinz jetzt thut[1]), dahin erklären, dass der Verkäufer, dessen Wissen vorausgesetzt werden müsse, demjenigen gleich behandelt werde, welcher die Entstehung der künftigen Sache absichtlich verhindert[2]). Denn einmal ist weder gesagt, noch durch argumentum a contrario festzustellen, dass der Verkäufer sich in dolo befindet; sodann aber besteht doch zwischen beiden Fällen ein ganz wesentlicher Gegensatz; das Verschweigen einer bereits vorhandenen Unmöglichkeit und das Verursachen der künftigen Unmöglichkeit lassen sich nicht gleichstellen. In Wirklichkeit führt diese Ansicht zu einer Fiktion; dem fictus possessor würde der fictus venditor zur Seite stehen.

Vielmehr müssen wir der herrschenden Meinung beitreten, welche mangelnden Thatbestand des Kaufs und daneben gleichwohl actio emti annimmt[3]).

2) Nicht minder ist diese Combination in den Stellen ausgesprochen, welche sich auf den Verkauf einer nicht existirenden Erbschaft beziehen.

L. 7 D. de h. vel a. v. (18, 4).

Paulus l. XIV. ad Plautium.

Quum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio; nec enim alea emitur ut in venatione et similibus, sed res; quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur.

L. 8 D. eod.

Javolenus lib. II ad Plaut.

1) Pandekten Bd. II S. 129 A. 16 (zweite Aufl.); die frühere Auslegung (kritische Ueberschau Bd. 5 S. 296) hat Brinz stillschweigend zurückgenommen, weil sie nach seiner jetzigen Grundanschauung nur zu einer actio doli führen könnte. Eine stillschweigende Garantie nahm Brinz an in der ersten Aufl. S. 1652.

2) L 8 pr. D. h. t.

3) Mommsen Beiträge Bd. I S. 133; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 67; Mommsen Erörterungen Bd. II S. 82.

Quodsi nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emtori praestare debuit ita distingui oportet, ut si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur;

L. 9 D. eod.

Paulus l. XXXIII ad Ed.

et si quid emtoris interest.

Es mag zugegeben werden, dass in der mittlern Stelle die beiden Fälle, Verkauf einer gar nicht existirenden und Verkauf einer dem Verkäufer nicht zustehenden Erbschaft nicht mit der vollen Schärfe auseinandergehalten sind, die man nach L. 7 D. cit. erwarten sollte. Allein wenn Paulus den Kauf für nicht geschlossen erklärt, so kann in seinem Sinn auch nicht an eine wirksame actio ex stipulatu gedacht werden; und wenn ein dem Kaufcontrakt eingefügtes Paktum die Grundlage der actio emti sein soll, so sind wir ja doch wieder bei der Contraktsklage trotz der Nichtigkeit des Contrakts angelangt [1]).

In anderen Stellen, namentlich den allgemein definirenden wie L. 8 pr. und L. 34 §. 1 D. h. t., ist diese Funktion der actio emti nicht erwähnt, ohne dass gleichwohl aus diesem Stillschweigen ein Widerspruch abgeleitet werden darf. Andererseits aber kann hier, falls es noch einer positiven Unterstützung bedarf, auch gleich an die Stellen erinnert werden, welche die Nichtigkeit des Kaufs einer res extra commercium aussprechen und daneben gleichfalls die actio emti zulassen [2]).

§. 237.

Diese immerhin auffallende Erscheinung [3]), dass trotz der Nichtigkeit des Kaufs actio emti stattfindet, bedarf der Erklä-

1) A. A. Brinz a. a. O. S. 130; seine Ansicht scheint auf die Gleichstellung des Erbschaftskaufs mit dem Forderungskauf hinauszulaufen (vgl. 1. Aufl. S. 1652); im entschiedenen Widerspruch mit L. 7 D. cit., esse debet hereditas ut sit emtio, nicht hereditatem esse venditor praestat. (Auch ist die ratio in beiden Fällen verschieden §. 239.)

2) Vgl. §. 240.

3) Geläugnet wird dieselbe in neuester Zeit von Brinz a. a. O.

rung nach einer doppelten Richtung. Es ist die Grundlage und es ist dann weiter der Gegenstand dieser Klage festzustellen.

Was den ersteren Punkt anlangt, so ist der Vertrag nichtig wegen Mangels des objectiven Erfordernisses. Der Kauf ist im entscheidenden Zeitpunkt nicht vollziehbar; die Verabredung also gegenstandslos und zwecklos. Aber die Verabredung nach ihrer subjectiven Seite, als Handlung, ist ohne Mangel; und es steht daher nichts im Wege, dass dieser subjectiv untadelhafte Thatbestand des Contrahirens die Grundlage anderweitiger rechtlicher Wirkungen bildet; es steht auch nichts im Wege, dass dieser subjective Thatbestand selbst als „Kauf" bezeichnet und dass insbesondere auch er unter die durchaus subjectiv gefasste Demonstration der actio emti [1]) subsumirt wird. In dieser letzteren Beziehung hat eine geschichtliche Entwicklung insoferne stattgefunden, als in früherer Zeit der Klage aus diesem unvollkommenen Thatbestand eine Specialdemonstration vorangestellt wurde. Von dieser actio in factum oder actio praescriptis verbis haben sich noch manche Spuren, in einer Anwendung hat sie selbst im späteren Recht sich erhalten [2]).

Diese Auffassung, dass der von subjectiven Mängeln freie Contraktschluss auch da, wo aus andern Gründen das normale Geschäft nicht zum Dasein gelangt, gleichwohl rechtliche Wirkungen hervorbringt, findet sich auch sonst, gerade bezüglich des Kaufs, in den Quellen. So fungirt die actio emti, nachdem im Uebrigen der Vertrag durch mutuus dissensus besei-

und erste Auflage S. 1652. Aus älterer Zeit sind zu nennen Burchardi, Wiedereinsetzung S. 327 und Brandis in der Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. 7 S. 180 – 182; gegen sie Mommsen Beiträge Bd. I S. 134 A. 7. Vgl. Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 413 fgg.

1) Gai. IV §. 40, §. 59.

2) In letzterer Beziehung vgl. L. 8 §. 1 D. de relig. (11, 7). Eine actio in factum wurde ursprünglich überhaupt gegeben, wenn der Vertrag über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäfts hinausging, namentlich auch in Beziehung auf Nebenverabredungen. L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5); L. 79 D. h. t. verglichen mit L. 75 D. eod.; L. 2 C. de pact. inter emt. (4, 54); L. 6 D. de resc. vend. (18, 5).

tigt ist, gleichwohl noch zur Rückforderung der Arrha [1]), in Concurrenz mit der condictio sine causa. Nicht minder bleibt im Fall des Eintritts der s. g. Resolutivbedingung die Klage aus dem Contrakt zum Zwecke der Wiederherstellung des früheren Zustandes bestehen. Ist ja doch gerade der Contrakt (im subjectiven Sinne) die Grundlage für die Giltigkeit jener resolvirenden Nebenverabredungen, möge man sich ihre rechtliche Natur im Uebrigen vorstellen wie immer [2]).

Auch beim bedingten Kauf macht sich der Contrakt als solcher trotz der Deficienz der Bedingung in den Wirkungen geltend, von welchen L. 8 pr.. und L. 50 D. h. t. handeln [3]). Ja, die emtio spei ist trotz des vertragsmässigen Verzichts auf den objectiven Thatbestand giltig, auch hier wirkt der blose Contrakt als solcher [4]).

Ich bin also so weit als möglich von der Ansicht Mommsen's entfernt, welcher sich bei Nichtigkeit des Contrakts nur ein Delikt als Ursache von rechtlichen Wirkungen denken kann und die Zuständigkeit der actio emti daraus erklären will, dass das spätere Recht die bonae fidei actiones aus Zweckmässigkeitsgründen auch auf solche Ansprüche ausgedehnt habe, welche nur aus Veranlassung der Thatsache des äusserlichen Contraktschlusses entstanden seien [5]).

Aber auch die Ihering'sche culpa in contrahendo halten wir ferne [6]). Der Fehler dieser Construktion besteht vor Allem

1) L. 11 §. 6 D. de a. e. v. Oben S. 416.

2) L. 6 §. 1 D. h. t.; L. 16 D. de in diem addict. (18, 2); L. 4 pr. D. de leg. commiss. (18, 3).

3) Auch hier hat Labeo noch eine actio praescriptis verbis für nöthig gefunden; Ulpian begnügt sich mit der einfachen Contraktsklage.

4) Wo der Contrakt überhaupt nur zu Handlungen verpflichtet (z. B Dienstmiethe), macht uns die Anwendung der Contraktsklage gerade auf den Fall, dass sich der Schuldner zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet hat, deren Unmöglichkeit er kennen musste, gar keine Schwierigkeit.

5) Der Beweis dieser auffallenden Behauptung wird lediglich erbracht durch die Berufung auf diejenigen Stellen, die eben dadurch erklärt werden sollen. Mommsen Beiträge Bd. I S. 124, Erörterungen Bd. II S. 6, 186 A. 1.

6) Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 26 fgg. Vangerow

darin, dass sie Fälle von ganz wesentlich verschiedener Beschaffenheit gleichmässig behandeln will. Ihering hat gerade vorzugsweise solche Fälle im Auge, wo nicht einmal ein subjectiv giltiger Contraktschluss vorliegt (Widerspruch zwischen Wille und Erklärung, Widerruf der Offerte, mangelnde Handlungsfähigkeit); dadurch wird er genöthigt, als Grundlage der Haftung ein Moment zu suchen, welches ausserhalb des Contraktschlusses selbst liegt, die culpa. Ganz abgesehen aber davon, dass diese selbst nirgends ernstlich genommen wird[1]), sondern als bloses Construktionsmittel figurirt, bleibt allerdings die Frage völlig ungelöst, wie die Klage aus dem nichtigen Vertrag zur Geltendmachung dieses ausserhalb des Vertrages liegenden Schuldgrundes, heisse er nun culpa oder wie immer, soll zuständig gemacht werden können.

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung auch gegen solche Schädigungen, die durch den nichtigen subjectiven Vorgang entstehen, Abhülfe gewährt, diese Frage bleibt hier ganz ausgeschlossen.

Vielmehr leiten wir den hier in Betracht kommenden Klaganspruch gerade aus dem subjectiv giltigen Vertragsschlusse ab. Wir stützen ihn auch nicht auf ein stillschweigendes Versprechen dolum malum praestare[2]), noch auf einen sonstigen stillschweigenden Garantievertrag[3]), sondern einfach auf die dem Kaufcontrakte immanente bona fides, deren Wirksamkeit von dem Vorhandensein der objectiven Erfordernisse der Giltigkeit ganz unabhängig

Bd. I §. 109. Vgl. auch Hartmann, die Obligation, S. 173, 176, 184, 185, dessen Polemik gegen den Satz impossibilium nulla est obligatio ich freilich nicht überall folgen kann; dagegen Mommsen, Erörterungen Bd. II S. 87.

1) Vgl. Ihering das Schuldmoment S. 39 A. 73.

2) So früher Brinz, krit. Ueberschau Bd. 5 S. 292.

3) Windscheid §. 307 A. 15, §. 317 A 7. Dagegen Wächter, Pand. Bd. II S. 364; Mommsen Erörterungen Bd. II S. 49. Formell macht diese Construktion im heutigen Recht keine Schwierigkeit; für das römische ist sie deshalb völlig unbrauchbar, weil der Garantievertrag als pactum adiectum doch immer wieder auf einen giltigen Hauptvertrag zurückgeführt werden müsste. Wer also durch den Garantievertrag die Nichtigkeit des Hauptvertrags unschädlich machen will, bewegt sich im Cirkel.

ist. Vermöge dieser bona fides muss der Verkäufer, lediglich wegen seiner überlegenen Stellung zur Sache, für die Erfüllbarkeit einstehen. Der Käufer, der subjectiv giltig kauft, kann sich dem Verkäufer gegenüber darauf verlassen, dass ihm eine existirende Sache verkauft ist, denn der Verkäufer kann und folglich soll er wissen, ob das, was er verkauft, existirt [1]).

Damit ist ganz von selbst auch die Gränze dieser Haftung bestimmt; dieselbe richtet sich nicht nach den Grundsätzen des aedilitischen Edikts, sondern des Civilrechts; sie tritt daher nicht ein,

1) wenn dem Käufer selbst die Ungewissheit der Existenz der Sache bekannt ist oder bekannt sein muss; in diesen Fällen bedürfte es eines besonderen Garantieversprechens [2]).

In diesem Zusammenhang ist die L. 21 pr. D. de a. e. v. (19, 1) genauer zu betrachten. Jemand verkauft das zukünftige Kind einer Sklavin, die unfruchtbar oder über das Alter der Conceptionsfähigkeit hinaus ist; er haftet ex emto. Die subjective Voraussetzung dieser Haftung ist nicht angegeben [3]). Gleichwohl bezweifle ich nicht, dass der Verkäufer nicht ohne Weiteres haftbar gemacht werden kann. Man erwäge doch nur, dass wenn die Sklavin selbst verkauft wird, der Verkäufer sogar nach dem aedilitischen Edikte für das Lebensalter gar nicht und für die Sterilität nur insoferne haftet, als dieselbe auf der äusserlichen Körperbeschaffenheit beruht [4]). Soll nun das Civilrecht den Verkäufer des künftigen Kindes strenger in Anspruch nehmen? Ist die Sklavin vollends noch jungfräulich, so hat der Verkäufer regelmässig gar keine andern Anhaltspunkte für die Voraussetzung der Fruchtbarkeit, als der Käufer auch. Die Absicht einer besonderen Garantieleistung liegt aber durchaus ferne; consequent müsste man sonst Haftung

1) Bd. I S. 395 fgg., S. 689.

2) Daher haftet der Verkäufer insbesondere nicht ohne Weiteres für die Entstehung der verkauften künftigen Sache.

3) Denn das argumentum a contrario halte ich für unstatthaft. Aus dem Betonen des Nichtwissens des Käufers folgt nur, dass im Falle seines Wissens anders entschieden wird; nicht aber folgt daraus, dass der Gegner als wissend vorzustellen ist.

4) L. 14 §. 3 D. de aed. (21, 1). Dass das Lebensalter ein ediktsmässiger Mangel ist, ist nirgends gesagt.

auch eintreten lassen, wenn die Sklavin, ehe sie geboren hat, ohne Verschulden des Verkäufers stirbt u. s. w. Ganz anders ist die Lage der Dinge, wenn der Verkäufer für die Annahme der Sterilität bestimmte Anhaltspunkte hat oder haben kann, — nur dann steht dieselbe für ihn auf gleicher Linie mit dem Lebensalter.

Ich stehe daher nicht an, die Stelle in der angegebenen Richtung einschränkend zu interpretiren. Der Verkäufer haftet nicht unbedingt; er haftet aber auch nicht blos aus dolus; er haftet, sofern er für die Annahme der Unfruchtbarkeit Anhaltspunkte hatte oder haben konnte, die dem Käufer als solchem unbekannt waren; die Beweislast in dieser Beziehung trifft natürlich ihn [1]).

2) Wir müssen aber noch den weiteren Vorbehalt machen, dass der Verkäufer nicht haftet, wenn ihm der Untergang der Sache vor Abschluss des Kaufvertrags ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist. Wollte man den Verkäufer in dieser Beziehung auch für Zufall verantwortlich machen, so würde er strenger haften, als er nach abgeschlossenem Vertrag für die Fortexistenz der Sache haftet; und jeder Vertragsabschluss in Abwesenheit der Sache wäre für ihn gefährlich, auch wenn er sich noch unmittelbar vorher von ihrer Existenz überzeugt hätte. (Vgl. auch S. 428.)

3) Endlich wird, wie schon bemerkt (S. 404), die Haftung dadurch ausgeschlossen, dass die Existenz der Sache zur Bedingung des Vertrages gemacht wird. Hier könnte der Verkäufer nur mit actio de dolo in Anspruch genommen werden.

§. 238.

Die zweite Frage betrifft den Inhalt und beziehungsweise Umfang des Anspruchs.

Haftet der Verkäufer unmittelbar aus dem Contraktschluss, so ergibt sich die einfache Consequenz, dass er für die dem Gegner nachtheiligen Folgen dieser Handlung einsteht.

Dabei muss zunächst die Meinung zurückgewiesen werden, als ob das angebliche Leistungsobject keine Schätzung zu-

1) Vgl. zu dieser Stelle Mommsen Beiträge Bd. I S. 133; Erörterungen Bd. II S 143 fgg.

liesse. Erhebt man sich auch hier über das Gebiet der absurden Schulbeispiele, so handelt es sich wesentlich um den Verkauf von Sachen, die nicht mehr existiren, bei welchen also eine Schätzung auf Grund des ehemaligen Werthes sehr wohl möglich ist. Aber selbst beim Verkauf einer nicht existirenden Erbschaft ergeben sich regelmässig Anhaltspunkte für eine Werthbestimmung. Etwas anders sagt auch die L. 8 und 9. D. de h. vel a. v. (18, 4) nicht. Wird eine wirklich bestehende Erbschaft unbefugter Weise verkauft, so ist für die Abschätzung eine feste Grundlage gegeben, eben diese Erbschaft selbst,

si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimatur:

existirt die Erbschaft nicht, so kommen für die Entschädigung andere Faktoren in Betracht; aber keineswegs blos Erstattung des Kaufpreises und gemachter Auslagen, sondern, wie Paulus hinzufügt:

si quid emtoris interest [1]),

welche Worte ohne petitio principii nicht in einem beschränkten Sinne verstanden werden können.

Dagegen tritt nun aber folgender Gesichtspunkt hervor. Die Nichtigkeit des Vertrags bewirkt, dass die Verbindlichkeit der Gegenleistung nicht eintritt: der allenfalls gezahlte Preis wird condicirt. Die Entschädigung stellt sich also schlechthin als einseitige Wirkung des Vertragsabschlusses dar. Hierin besteht der wesentliche Gegensatz zur Eviktion, sowie zur Haftung für Mängel; hier überall handelt es sich um synallagmatische Erfüllung, wobei nur für das Kaufobject die Entschädigung ganz oder theilweise als Surrogat eintritt. Fehlt es dagegen in unserm Fall an jeder Gegenleistung, so kann auch der Zweck der Entschädigung nicht der sein, die gegen die Vertragsabsicht eintretende Differenz zwischen dem konkreten Werth der beiden Leistungen auszugleichen (s. g. affirmatives Vertragsinteresse), sondern nur dem Käufer den Schaden zu ersetzen, der ihm durch das Eingehen eines resultatlosen Geschäfts und das Vertrauen darauf entstanden ist. Insoferne ist der von Ihering aufgestellte Begriff des negativen Vertragsinteresses in dem hier in Betracht kommenden Verhältnisse selbst wohl begründet [2]).

1) Vgl. auch L. 5 D. eod.

2) Auf den — übrigens gerade in Beziehung auf unsere Fälle

Der Kauf wirkt also nicht als fertiges, sondern als unfertiges und unfertig bleibendes, unvollziehbares Geschäft; er wirkt daher nicht rechtsgeschäftlich, denn die eintretende Wirkung ist nicht die, um derentwillen die Parteien das Geschäft eingehen. Aber die Rechtsordnung knüpft an den subjectiv fertigen, objectiv unfertigen Kauf die einseitige Pflicht der Entschädigung gerade dafür, dass der Verkäufer ein Geschäft abschliesst, dessen Nichtvollziehbarkeit er kennen sollte. (S. 182.)

§. 239.

Eine abweichende Behandlung lässt das römische Recht eintreten beim Verkauf einer nicht existirenden Forderung. Der Verkauf wird nämlich behandelt wie der Verkauf einer fremden Forderung; er ist giltig, dergestalt, dass der Verkäufer nach den Grundsätzen von der Eviktion haftet [1]).

Diese Erscheinung lässt sich wohl nicht aus der Erwägung ableiten [2]), dass die nicht existirende Forderung doch existiren könnte. Die Forderung, die nicht existirt, ist gerade so Null, wie die blos in der Einbildung vorhandene Sache oder Erbschaft. Vielmehr ist der entscheidende Gesichtspunkt wohl dieser, dass der Käufer hier regelmässig keine Möglichkeit

vorkommenden Ausdruck: quanti emtoris interfuit non decipi darf man sich dabei freilich gar nicht berufen; derselbe kann sehr wohl auch das affirmative Interesse bezeichnen (L. 13 §. 1, L. 21 §. 1, D. de a. e. v.). — Vgl. Mommsen Erörterungen Bd. II S. 167; Hartmann, die Obligation S. 183—185; Windscheid §. 258, 307. Unten §. 240. Dagegen Brinz Pand. Bd. II S. 130. Regelsberger a. a. O. S. 416 A. 12.

1) L. 4 D. de h. vel a. v. (18, 4). Si nomen distractum sit, Celsus libro IX Digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenerit. L. 5 D. eod. Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertae et nihil debeat, quanti intersit emtoris. L. 74 §. 3 D. de evict. (21, 2). Anders wird bekanntlich das Vermächtniss einer nicht existirenden Forderung behandelt. L. 75 §. 1 D. de leg. I. (30).

2) So Ihering a. a. O. S. 70; beistimmend Mommsen Erörterungen Bd. II S. 89 A. 4. Dagegen Hartmann a. a O. S. 180, der den im Texte geltend gemachten Grund ebenfalls erwähnt. Mommsen Beiträge I, 131.

hat sich von der Existenz des Objects zu überzeugen; da dasselbe in der rechtlichen Beziehung des Verkäufers zu einem Dritten [1]) besteht, so bleibt dem Käufer nichts übrig, als sich auf die Angaben des Verkäufers zu verlassen [2]). Dazu kommt, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung hier nicht zu einem gewissermassen sichtbaren Ausdruck gelangt. Aeusserlich ist zwischen dem Fall des Verkaufs einer fremden und einer gar nicht existirenden Forderung kein Unterschied [3]). Ist aber der Kauf giltig, so folgt daraus, dass

1) der Käufer den Kaufpreis schuldet, daher

2) die Entschädigung des Verkäufers den Charakter des Erfüllungssurrogats hat und sich

3) nach Voraussetzung und Umfang durch die Grundsätze von der Eviktion bestimmt, soweit diese überhaupt auf den Forderungskauf Anwendung finden [4]).

§. 240.

An die nicht existirenden Sachen schliessen sich die ausser Verkehr befindlichen an.

Einerseits sind dieselben im rechtlichen Sinne nicht existirend [5]). Andererseits aber haben sie ein natürliches Dasein, so dass sie wenigstens den Schein einer Erfüllung zulassen; sie bilden insofern eine Klasse von Sachen, die unter besonderen Voraussetzungen sogar sehr häufig im Handel vorkommen können, während der Verkauf von thatsächlich nicht existirenden Sachen immer nur als vereinzelte Anomalie sich ereignen wird.

Am meisten leuchtet diese Erwägung beim Menschenhandel ein. Wo die Sklaverei nicht auf Rassenverschieden-

1) Darin liegt auch der Unterschied von der Erbschaft.

2) Erkundigung beim Schuldner ist theils unthunlich, theils unzuverlässig.

3) Dies ist der wahre Kern der Ihering'schen Ansicht. Auch in dieser Beziehung verhält es sich mit dem Erbschaftskauf anders.

4) Wird die Haftung des Verkäufers durch Vertrag ausgeschlossen, so liegt von diesem Standpunkt aus, genau betrachtet, kein Hoffnungskauf vor, sondern ein Kauf mit pactum de non praestanda evictione. S. 257. Praktisch ist diese Unterscheidung hier ohne Bedeutung.

5) Insoferne ist die Gegenüberstellung bei Brinz Pand. II, S. 126 (2. Aufl.) für das römische Recht übertrieben.

heit beruht, ist der Freie vom Sklaven nur durch trügerische Merkmale zu unterscheiden; und dem Betrug sowohl des Sklavenhändlers als des Kaufobjects selbst ist hier ein unermesslicher Spielraum gelassen. Musste doch in der Kaiserzeit gegen die Freien, die sich in gewinnsüchtiger Absicht als Sklaven verkaufen liessen, mit der schweren Strafe der Verweigerung der proclamatio in libertatem eingeschritten werden. (Tit. D. 40, 13).

Daher ist es begreiflich, dass der Verkauf eines Pseudosklaven an den gutgläubigen Käufer (L. 6 D. h. t.) nicht als Verkauf einer rechtlich nicht existirenden, sondern einer dem Verkäufer nicht gehörenden Sache behandelt wurde; und zwar nicht, wie Mommsen meint, erst in späterer Zeit, sondern von Altersher [1]). In den Quellen besteht diese Auffassung jedenfalls als die zur Herrschaft gelangte [2]).

Nicht minder unbestritten gilt dieselbe aber auch beim Verkauf des locus sacer und religiosus unter einer bestimmten

1) Bd. I S. 686 fgg.; Pernice Labeo II, S. 178. Mommsen Erörterungen Bd. I S. 18.

2) L. 4, 70 D. h. t.; L. 39 §. 3 D. de evict. (21, 2); L, 14—17 D. de lib. causa (40, 12); L. 4 D. quib. procl. ad lib. (40, 13); L. 2 C. de assert. tol. (7, 17); L. 25 C. de evict. (8, 45). Ganz besonders zu beachten ist dabei, dass der gutgläubige Käufer eines Pseudosklaven dem Interdikte de homine libero exhibendo nicht ausgesetzt ist. L. 4 §. 1 D. de hom. lib. exhib. (43, 29). An die Stelle der Eviktion tritt die proclamatio in libertatem. Der im Text aufgestellte Satz ist ziemlich allgemein anerkannt. Savigny O.R. Bd. II S. 290; Mommsen Beiträge Bd. I S. 127, Erörterungen Bd. II S. 91; Hartmann a. a O. S 180; Brinz Pand. a. a. O. Die entgegengesetzte Ansicht von Ihering a. a. O. beruht auf leicht widerlegten Gründen, namentlich auf der Verwechslung zwischen der stipulatio auf dare und auf habere licere, dem direkten Versprechen und der Garantie; es wiederholt sich der Fehler, vor welchem bereits Ulpian in L. 31 D. de evict. (21, 2) gewarnt hat, Bd. I S. 663. Auch steht der Jurist Licinius Rufus nicht im Widerspruch mit sich selbst: er hat in der Anfrage an Paulus den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, dann aber sich der Autorität des Meisters gefügt — L. 4 D. quib. ad lib. (40, 13); L. 70 D. h. t. Ebensowenig kann Papinian als Gegner angeführt werden; die L. 27 §. 1 D. ad SC. Vell. (16, 1) setzt nach ihrem ganzen Zusammenhang einen wissenden Käufer voraus; sodann aber läge immer noch die Beziehung auf den kaufweisen Erwerb nahe. Dass bei der in Parallele gestellten res litigiosa gerade nur die Obligation, nicht die

Voraussetzung, nämlich soferne das dem Verkehr entzogene Land nur einen Theil und zwar den geringeren Theil des Kaufobjects bildet. Gerade dieser Fall ist offenbar für den Käufer am gefährlichsten; er ist daher geschützt durch die nach den Grundsätzen der Eviktion sich gestaltende Haftung des Verkäufers [1]).

Für das Gebiet der Nichtigkeit bleibt daher nur der Verkauf solcher Sachen übrig, welche ganz oder überwiegend res publicae im specifischen Sinne oder res divini iuris sind. Sehen wir dabei von dem lächerlichen Schulbeispiel der Institutionen ab (velut forum aut basilicam), so ist die geringe praktische Bedeutung dieser Fälle schon für das römische Recht einleuchtend [2])

Für das heutige Recht, das jedenfalls keine res divini iuris mehr kennt, schwindet dieselbe noch mehr zusammen.

Eben daraus ist es wohl zu erklären, dass über die Behandlung dieser Fälle nicht nur unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten bestanden [3]), sondern dass die

Veräusserung nichtig gewesen, ist insoferne unrichtig, als das durch Mancipation erworbene Eigenthum mit exceptio behaftet war; nichts anderes lehrt auch der von Ihering in Bezug genommene Vangerow §. 160 (I, 256).

1) L. 24 D. h. t (Ulpianus lib. XXVIII ad Sab.) — in modicis autem ex emto actionem esse, quia non specialiter locus sacer vel religiosus veniit, sed emtioni maioris partis accessit. Für diesen Fall ist daher auch die Clausel: si quid sacri vel religiosi est, eius nihil venit von Bedeutung L. 22, L. 72 §. 1 D. h. t. Umgekehrt kann der Käufer auch wissentlich ein Grundstück kaufen, welches derartige Enklaven hat, alsdann ist auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt von Entschädigung keine Rede. Eine andere Frage ist die, ob sich der Käufer diese Enklaven in den Flächeninhalt einrechnen lassen müsse. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen; quod venditur, in modum agri cedere debet, nisi id actum est, ne cederet; at quod non venit, in modum cedendum, si id ipsum actum est ut cederet, velut viae publicae, limites, luci qui fundum tangunt; cum vero neutrum dictum est, cedere non debet; et ideo nominatim caveri solet, ut luci, viae publicae quae in fundo sint, totae in modum cedant. L. 51 D. h. t. Vgl. ausserdem noch L. 73 §. 1 D. h. t., L. 10, 11 D. de relig. (11, 7).

2) Diesen Umstand, der einen wesentlichen Gegensatz zum Menschenhandel begründet, hat Hartmann a. a. O. S. 182 wohl nicht genügend gewürdigt.

3) Die übrigens auch für die Auffassung des Menschenkaufes bezeugt sind, L. 70 D. h. t.; L. 4 D. quib. ad lib. (40, 13).

Spuren derselben auch in den Quellen des geltenden Rechts nicht verwischt sind. In der Ansicht, dass sich die einschlägigen Stellen widersprechen, stimme ich mit Windscheid[1]) durchaus überein.

1) Nichtigkeit in Verbindung mit einseitigem Entschädigungsanspruch ist mit aller Bestimmtheit ausgesprochen von Modestin in L. 62 §. 1 D. h. t., der den Kauf der res extra commercium genau ebenso behandelt, wie von andern Juristen der Kauf nicht existirender Sachen behandelt wird[2]).

In diesen Zusammenhang gehört auch die Entcheidung von Ulpian in L. 22 D. h. t.

Hanc legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Caeterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emtionem,

L. 23 D. Paulus libr. V. ad Sab.

— et quod solverit eo nomine emtor condicere potest[3]).

Die erste Stelle ist insoferne nicht erschöpfend, als die Möglichkeit des Entschädigungsanspruchs übergangen ist. Im Uebrigen ist schwer begreiflich, wie die klaren Worte des Juristen anders als in dem hier vorgetragenen Sinn sollen erklärt werden können[4]). Ulpian unterscheidet zwei Fälle: in dem einen, wo das ganze Kaufobject (oder die maior pars) ausser Verkehr ist, erscheint die Clausel überflüssig; auch ohne sie ist der Kauf nichtig[5]); im andern Fall, wo nur der untergeordnete Theil des Kaufobjects diese Eigenschaft hat,

1) Pand. §. 315.

2) Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experitur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur. Ich halte es, ganz abgesehen von der naheliegenden Analogie der nichtexistirenden Sachen, für unmöglich, die Worte licet emtio non teneat auf die Unwirksamkeit der Veräusserung zu beziehen; diese Interpretation ist gegen den Sprachgebrauch und führt auch zu einem allzu trivialen Resultat. Vgl. Brinz a. a. O. S. 127 A. 3.

3) Folgt als L. 24 die schon oben S. 441 A. 1 angeführte Stelle von Ulpian.

4) Vgl. Mommsen, Beiträge Bd. I S. 120, Erörterungen Bd. II S. 41

5) Dass sie zugleich die Wirkung hat, den Verkäufer von Entschädigungsansprüchen zu entledigen, hebt der Jurist nicht hervor.

ist sie dagegen von Bedeutung; ohne sie ist der Kauf auch bezüglich dieser Parzellen giltig, dergestalt, dass die Wirkung der Eviktion eintritt.

Endlich gehört hieher auch die bekannte L. 8 §. 1 D. de relig. (11, 7), nach welcher der Prätor für den Fall des Verkaufs der res religiosa eine actio in factum verleiht, deren Vererblichkeit Ulpian besonders hervorhebt und damit begründet: quum quasi ex emto actionem contineat [1]).

Diese Stelle ist von mehrfachem Interesse. Sie geht von der Nichtigkeit des Kaufes aus, lässt aber zugleich, in Ergänzung der L. 22 D. h. t. erkennen, dass auch Ulpian dem Entschädigungsanspruch aus dem nichtigen Geschäft keineswegs ablehnend gegenüberstand. Dass sich die Klage hier in der äussern Form der actio in factum erhalten hat [2]), beruht ohne Zweifel auf sacralrechtlichen Gründen; die direkte Subsumtion des Verkaufs einer res divini iuris unter die civilrechtliche Formel mochte fortdauernd als unangemessen erscheinen [3]).

2) Diesen Stellen stehen zwei andere gegenüber, welche die Giltigkeit des Kaufs in dem nämlichen Sinne anerkennen, in welchem auch der Kauf des Pseudosklaven giltig ist. So spricht sich Pomponius aus in L. 4 D. h. t.

1) Es geht doch wohl nicht an, diese Stelle mit Brinz a. a. O. durch die Bemerkung zu beseitigen, dass der als Kläger bezeichnete is ad quem ea res pertineat nicht der Käufer, sondern ein betheiligter Dritter sei. An welches Verhältniss dabei zu denken wäre, bleibt unklar. In Wirklichkeit liegt eine vorsichtige Ausdrucksweise vor, die gar nicht dem Ulpian, sondern dem Edikt angehört. Die Bezeichnung des Klägers als emtor wurde wegen des Verstosses des Geschäfts gegen das Sacralrecht gerade vermieden. Vgl. über diese Klage Lenel Ediktum S. 180.

2) Vgl. dagegen L. 4 pr. D. de leg. commiss. (18, 3); L. 16 D. de in diem add. (18, 2).

3) Ich will nicht verschweigen, dass gegen diese Vermuthung die L. 4 D. h. t. von Pomponius Bedenken erregen kann. Man wird daher immerhin gut thun, sich mit dem sicheren Resultat unserer Stelle zu begnügen und im Uebrigen die ars nesciendi an ihr zu üben. Vgl. Mommsen Erörterungen Bd. II S. 37 A. 6. Kein grosses Gewicht würde ich auf L. 1 C. de sepulc. viol. (9, 19) legen; das argumentum a contrario ist in jeder Beziehung unsicher.

Et liberi hominis et loci sacri et religiosi qui haberi non potest[1]) emtio intelligitur, si ab ignorante emitur.

Sowohl aus dem Wortlaut als aus dem Gegensatze der L. 6 D. eod. ergibt sich, dass Pomponius an Haftung des Verkäufers pro evictione denkt.

Dieselbe Ansicht findet sich in den justinianischen Institutionen

§. 5 I. h. t. Loca sacra vel religiosa, item publica (ut forum basilicam), frustra quis sciens emit, quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, et consequetur quod sua interest deceptum non esse. Idem iuris est, si liberum hominem pro servo emit.

Die Redaktion dieser Stelle ist sicherlich nicht geschickt; auch ist die Quelle der Compilatoren nicht bekannt. Aber dadurch kann das Resultat nicht geändert werden. Sowohl die schroffe Gegenüberstellung des Wissens und des Nichtwissens als die Gleichstellung des Verkaufs des Freien als endlich die Begründung des Anspruchs durch die Worte, welche regelmässig die Haftung für Eviktion bezeichnen, alle diese Umstände sprechen für die Giltigkeit des Contrakts. Dagegen können weder die Worte deceptus a venditore geltend gemacht werden, welche keineswegs das Moment des dolus enthalten[2]) — noch die Worte, welche den Inhalt des Anspruches bezeichnen; denn, wie schon oben bemerkt, kann auch das Interesse,

1) „Obwohl er nicht Gegenstand des habere ist“; vgl. L 34 §. 1 D. h. t. Für Annahme einer Interpolation (Pernice) scheint mir kein genügender Grund zu sprechen.

2) Vgl. Mommsen Beiträge Bd I S. 130 A. 11; Bd. II S. 92. Doch muss zugegeben werden, dass in den Stellen, wo decipi sicher das Getäuschtsein im objectiven Sinn bezeichnet, der Ausdruck entweder in absoluter Construktion gebraucht wird oder der Mangel rechtswidriger fremder Einwirkung sich aus anderen Umständen ergibt. L. 7 §. 1 D. de i. i. r. (4, 1); L. 21 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1); L 1 §. 6 D. de aed. ed. (21, 1); L. 46 D. de bon. lib. (38, 2); L. 44 D. de minor. (4, 4); L. 20 D. de aqua (39, 3). In L. 1 §. 2 D. de aed. ed (21, 1) kommt ebenfalls der Ausdruck vor: deceptus a venditoribus, und zwar zunächst, um damit einen Betrug zu bezeichnen; erst nachher erfolgt der berichtigende Zusatz (dummodo sciamus), dass der Dolus unerheblich ist. — Indessen kann ich einer wenig sorgfältig redigirten Stelle gegenüber diese Bedenken nicht für durchschlagend halten.

welches der Käufer an Erfüllung des Contrakts hat, sehr wohl als das id quod sua interest deceptum non esse bezeichnet werden.

Für das heutige Recht trage ich kein Bedenken, diesen Widerspruch, der als solcher anerkannt werden muss, aus innern Gründen zu Gunsten der Giltigkeit des Contrakts zu entscheiden. Die Verschiedenheit der rechtlichen Wirkung, je nachdem die res publica als selbständiges Kaufobject oder nur als Parcelle eines verkehrsfähigen Grundstücks in Betracht kommt, lässt sich wohl motiviren; aber unserer Rechtsanschauung erscheint sie gleichwohl als fremdartig. Der eigentlich entscheidende Grund für mich ist dabei der, dass nach meiner Ueberzeugung [1]) der Begriff der res publica im römischen Sinn für uns ebenso wenig mehr existirt, wie der Begriff der res divini iuris. Wie die Sachen der letztern Kategorie jetzt Eigenthum der Kirche, so sind die der ersteren der Substanz nach Eigenthum des Staats und bezw. der Gemeinde. Die Veräusserung derselben kann, um ihrer Bestimmung zum Gemeingebrauch willen, erschwert sein; dieser Gesichtspunkt kommt hier nicht in Betracht; dagegen liegt uns, wie mir scheinen will, die Gleichstellung dieser „öffentlichen Sachen“ mit den nicht existirenden Sachen, mit den Sachen, die nicht zur Existenz gelangen können, oder endlich mit den res naturali iure omnium hominum communes durchaus ferne [2]).

1) Die ich an dieser Stelle nicht näher begründen kann.

2) Die Ansichten über diese Frage stehen sich in folgenden Gruppen gegenüber:

a) solche, die den Widerspruch der Quellen läugnen, indem sie allgemein die Giltigkeit des Kaufs der res extra commercium anerkannt finden. So neuestens Brinz a. a. O. S. 126 und 702; 1. Aufl. S. 1650. Ebenso Wächter Pandekten §. 185 (Bd. II S. 364), gegen dessen Darstellung mehrfache Bedenken bestehen; denn dass man für rechtliche Mängel der Sache ohne Weiteres einstehen muss, ist eine durchaus schiefe Behauptung, ja eine petitio principii; die Frage ist ja umgekehrt gerade die, ob Verkehrsunfähigkeit der Sache nach Analogie des mangelnden Eigenthums beurtheilt wird oder nicht. Auch die Behauptung, dass der Vertrag für den Zusagenden bindend ist, ist falsch; soweit die Quellen die Giltigkeit bejahen, statuiren sie dieselbe nach beiden Seiten, auch der Käufer ist verpflichtet. — Am weitesten geht Savigny (Obligationenrecht Bd. II §. 81);

b) solche, die den Widerspruch läugnen, indem sie umgekehrt in

Jedenfalls ist uns der bedingte Kauf solcher Sachen ganz unbedenklich. Die ethischen Rücksichten, welche den bedingten Kauf eines Freien und einer res sacra als verwerflich erscheinen liessen [1]), finden weder auf die res publicae noch auch auf die im Eigenthum der Kirchen stehenden Sachen irgendwelche Anwendung [2]).

Unser Resultat ist also dieses:

1) Der von Seiten des Käufers unwissentliche Kauf einer nicht existirenden oder einer unmöglich zur Existenz gelangenden Sache ist nichtig; der subjective Thatbestand des Geschäftes erzeugt aber regelmässig für den Käufer einen einseitigen Anspruch auf Entschädigung wegen mangelnder Erfüllbarkeit.

2) Der Kauf einer dem Verkehre entzogenen Sache, in den Quellen widerspruchsvoll behandelt, wird im heutigen Recht ohne weitere Unterscheidung als giltiger Kauf nach Analogie des Kaufs einer dem Verkäufer fremden Sache zu behandeln sein.

Zweiter Abschnitt.

Die Beschaffenheit des Kaufobjects.

§. 241.

Die Merkmale, durch welche das Kaufobject von allen andern existirenden Objecten unterschieden wird — die Identitätsmerkmale — sind unentbehrlich und wesentlich; fehlen sie, so liegt keine genügende Bestimmung vor, treffen sie auf kein existirendes Object zu, so ist der Vertrag gegenstandslos;

den Quellen, abgesehen vom Menschenkauf, die Nichtigkeit des Geschäfts anerkannt finden; so z. B. Mommsen Beiträge Bd. I S. 129, Erörterungen Bd. II S. 90—92; ebenso Ihering, der nur auch die eben erwähnte Ausnahme nicht gelten lässt (oben S. 440.);

c) solche, die, wie im Texte geschehen, den Widerspruch anerkennen; so Windscheid Pand. §. 315 A. 6, der aber daraus die entgegengesetzte Consequenz für das geltende Recht ableitet.

1) L. 83 §. 5 D. de V. O. (45, 1); L. 34 §. 2 D. h. t.

2) Wohl aber kann die Ernstlichkeit der Absicht hier unter Umständen sehr stark in Frage kommen.

werden sie irrthümlich auf ein Object bezogen, dem sie in Wirklichkeit nicht zukommen, so ist ein s. g. error in corpore vorhanden[1]).

Neben diesen Merkmalen können die Parteien noch beliebig andere hervorheben und dadurch ihre Vorstellung von der besonderen Beschaffenheit des Objects zum Ausdruck bringen. Alle Merkmale, welche für die Unterscheidung der Sache den übrigen Sachen gegenüber gleichgiltig sind, erscheinen als Merkmale der Beschaffenheit, als Eigenschaften, welche die Sache in der Vorstellung der Contrahenten hat. Von einem objectiven Standpunkte aus ist der Gegensatz zwischen den Identitäts- und Beschaffenheitsmerkmalen ein durchaus fliessender: dasselbe Merkmal kann in der Erklärung der Contrahenten bald jene, bald diese Funktion haben. So kann namentlich auch die Angabe der Gattung, zu welcher die Sache gehört, bloses Beschaffenheitsmerkmal sein, wenn die Unterscheidung derselben von allen andern Sachen durch unmittelbare sinnliche Demonstration erfolgt. „Dieses Ding" ist in seiner Unterschiedenheit von allen andern Dingen in keiner Weise dadurch bedingt, dass die Bezeichnung desselben als Wein oder Essig, als Gold oder Silber u. s. w. zutreffend ist[2]).

1) Abgesehen vom Missverständnisse (L. 9 D. h. t.) kann ein error in corpore nur vorkommen als Verwechslung beim Vollzug; er ist also ausgeschlossen beim unmittelbaren Austausche. Von Verwechslung beim Vollzug handelt insbesondere L. 2 §. 6 D. pro emtore (41, 4). In der einschlägigen Lehre ist hierauf zurückzukommen. Vgl. Zitelmann Irrthum S. 553, 561. Das von Bruns (kleinere Schriften Bd. II S. 453 med.) formulirte Beispiel leidet an einer offensichtlichen Unklarheit. Wird gekauft das „Pferd rechts im Stall" und es steht ohne Wissen der Contrahenten ein „anderes" dort, so fragt sich — ein „anderes" als welches denn? Entweder man muss zur Feststellung dieses Anderssein auf den innerlich gebliebenen Willen zurückgehen — ganz gegen Bruns sonstige Ansichten — oder es liegen neben den räumlichen Merkmalen noch andere Identitätsmerkmale vor, ja die räumliche Bezeichnung ist vielleicht nur irrelevante Demonstration.

2) Sehr gut handelt hievon Zitelmann Irrthum S. 428, 440, 446, 447, 553, 555. Vgl. aber auch schon Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1404 fg. und namentlich Hölder in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 574 fgg. Es ist kein Fortschritt, wenn gleichwohl neuere Darstellungen die Identitäts- und die Beschaffenheitsmerkmale als gleichartig zu behandeln fortfahren.

Sind nun die blosen Beschaffenheitsmerkmale für die Unterscheidung des Objects allen andern Objecten gegenüber irrelevant, so scheint daraus ohne Weiteres zu folgern, dass auch der Irrthum bezüglich derselben nicht in Betracht kommt. In der That kann dieser Irrthum niemals mit dem über die Identitätsmerkmale schlechthin auf eine Linie gestellt werden. Denn im letzteren Falle ist — nicht wegen, sondern trotz des Irrthums — ein Object überhaupt nicht vorhanden; in unserm Falle ergibt sich, dass das genügend individualisirte Object im Widerspruche steht zu der Vorstellung, welche die Parteien von der Beschaffenheit desselben haben. Ein solcher Irrthum ist zunächst ein Irrthum in den Motiven.

Allerdings hat derselbe innerhalb des zweiseitigen Vertrags offenbar eine viel weitergehende Bedeutung als beim einseitigen, weshalb auch die Analogie von L. 1 §. 2 D. de pignor. act. (13, 7) und L. 22 D. de V. O. (45, 1) keineswegs ohne Weiteres zutreffend ist. Die Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache ist nicht nur Motiv des Erwerbes überhaupt, sondern des entgeltlichen käuflichen Erwerbes; dergestalt, dass davon nicht etwa blos die Höhe des Kaufpreises, sondern der Entschluss, überhaupt gegen Entgelt zu erwerben, abhängt. Die Sache, welche die vorgestellten Eigenschaften nicht an sich trägt, mag an und für sich ebenso preiswürdig sein als die vorgestellte Sache; dem Käufer ist sie als Kaufobject werthlos. Aliud pro alio venisse videtur [1]).

Allein der in verschiedenen Formulirungen wiederkehrende, an sich unbestreitbare Satz, dass die Sachen keine blosen Schemen, dass sie nicht abstrakte (richtiger inhaltlose) Dinge

Die wenig befriedigende Art, mit der sich Zitelmann sowohl den Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs als dem positiven Rechte gegenüber abfindet, ist hier ohne Zweifel nicht ohne Einfluss geblieben. — Ueber den Begriff der „Eigenschaften" vgl. denselben S. 442; über die doppelte Bedeutung des räumlichen Merkmals S. 443—449.

1) Denn dass Jemand „das Ding da" ohne weitere Vorstellung der Beschaffenheit kauft, ist zwar möglich, aber doch nicht der normale Fall. Von der Vorstellung der Beschaffenheit überhaupt unterscheide ich die concrete Vorstellung, welche durch den sinnlichen Eindruck der Sache hervorgerufen wird. Diese besondere Art der Entstehung der Vorstellung ist rechtlich irrelevant (oben S. 320).

seien u. s. w., ist kein Rechtssatz, sondern enthält nur eine Anforderung an die Rechtsordnung. Möglicherweise beharrt diese gleichwohl beim Standpunkte des Marcellus[1]: je ausgebildeter sie ist, desto mehr wird sie jenem Postulate entsprechen müssen. Dies kann aber auf verschiedenem Wege geschehen.

Es kann an der Giltigkeit des Vertrages festgehalten und der Widerspruch zwischen der vorgestellten und der wirklichen Beschaffenheit der Sache durch Entschädigungsansprüche ausgeglichen werden. Diese Behandlung tritt immer ein, wenn bezüglich der Beschaffenheit der Sache eine Zusage (im rechtlichen Sinn, als dictum oder promissum) vorliegt. Die Zusage schliesst die Nichtigkeit des Contraktes auf Grund des Mangels, worauf sie sich bezieht, schlechterdings aus; gerade mit dieser Zusage ist der Vertrag geschlossen.

Ergänzend kann hier die Rechtsordnung eingreifen, indem sie die Vorstellung gewisser Eigenschaften ohne Weiteres voraussetzt und daher auch ohne Zusage gegen den Mangel Abhilfe durch irgendwie beschaffene Entschädigung gewährt.

Dieses ganze Gebiet der auf Zusage oder auf Gesetz beruhenden Garantie bleibt hier ausgeschlossen.

Die Uebereinstimmung zwischen Vorstellung und Wirklichkeit kann aber auch eine gesteigerte Bedeutung erhalten dadurch, dass sie zur Bedingung des Geschäfts gemacht wird (condicio in praesens collata). Diese Bedeutung einer Bedingung kann durch Privatübereinkunft begreiflicher Weise jeder Eigenschaft, auch der an und für sich unbedeutendsten und untergeordnetsten, beigelegt werden[2].

§. 242.

Bedingung und Zusage unterscheiden sich wesentlich durch ihre Wirkung; in der Form der Erklärung dagegen besteht solcher wesentliche Unterschied nicht, weder im römischen noch im heutigen Verkehr; insbesondere braucht die Bedingung nicht in hypothetischer Form ausgesprochen zu sein (oben S. 397, 405).

Ist es daher zweifelhaft, welche von diesen beiden Mög-

1) L. 9 §. 2 D. h. t.

2) Natürlich auch einer solchen, für welche ausserdem gesetzliche Garantie eintreten würde.

lichkeiten im einzelnen Fall beabsichtigt war, so ist dies Gegenstand des Beweises. Und zwar würde, sofern nur feststeht, dass das betreffende Merkmal beim Vertragsabschlusse hervorgehoben worden ist, die Beweislast den Theil treffen, der die Richtung der Absicht auf die Bedingung behauptet [1]), denn im Zweifel ist für das Bestehen des Geschäfts, d. h. also für die Zusage zu praesumiren.

Dieser Beweis kann sich unter Umständen sehr schwierig gestalten. Es ist daher durchaus nahe liegend, dass die Rechtsordnung hier durch Aufstellung besonderer Vermuthungen ergänzend eingreift.

Wie sie Garantieen auch ohne Zusage eintreten lässt, so statuirt sie in gewissen Fällen ausdrücklicher Bestimmung eine Praesumtion für die stärkere Wirkung der Bedingung.

Die vielverhandelte und über Gebühr aufgebauschte Lehre vom s. g. error in substantia [2]) reducirt sich in der That darauf, dass die Rechtsordnung die Hervorhebung gewisser Beschaffenheitsmerkmale als condicio in praesens collata interpretirt, soferne nicht im einzelnen Falle die entgegengesetzte Parteiabsicht erkennbar ist [3]).

1) Man könnte hier vielleicht kurzweg von qualificirtem Motiv sprechen.

2) Literatur bei Windscheid §. 76* und Anm. 9. Dazu noch Zitelmann a. a. O. S. 560 fgg.; Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia (1880; darüber Burkhard, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 56 fgg. und Hanausek S. 3 fgg.); Hanausek, die Haftung des Verkäufers S. 2—11; Bruns kleine Schriften Bd. II S. 484 fg.; Goldschmidt Handbuch zweite Auflage Bd. II S. 31 fgg.; Leonhard Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 436 fgg.

3) Die Anknüpfung an die Bedingung findet sich schon bei Savigny System Bd. III S. 283: „römisch lässt sich das so ausdrücken: es ist eine species gekauft, aber unter der Bedingung, dass sie zu einem bestimmten Genus gehöre.“ Allein Savigny hat diese Construktion nur gelegentlich angedeutet, nicht consequent durchgeführt; in der Hauptsache betrachtet er den error in substantia als ächten Irrthum, der nur seine Anerkennung, und zwar als scharf begränzte Ausnahme, der positiven Rechtsordnung verdankt (S. 279, 292, 444 fgg.). Vgl. Bekker in der krit. Vierteljahrsschrift Bd 3 S. 188. Ebenso knüpft Wächter Pand. Bd. II S. 372 (vgl. auch dessen Württemb. Privatrecht Bd. II S. 748) an die Bedingung an, allein in einer viel zu engen Weise; vgl. dagegen Hanausek a. a. O. S 10 A. 94.

Die Nichtigkeit des Geschäfts beruht also gar nicht auf dem Irrthum als solchem und einer besonderen Beschaffenheit desselben, sondern auf der Deficienz der Bedingung; und den Schlüssel für die juristische Construktion bietet die schon oben angeführte Stelle des Papinian, L. 120 D. de V. O. (45, 1) dar, sowenig sie auch unmittelbar auf unsere Materie anwendbar ist. Der Irrthum kommt lediglich insoferne in Betracht, als nicht leicht angenommen werden kann, dass Jemand seinen Entschluss von dem Dasein eines Merkmals abhängig macht, dessen Nichtexistenz er gleichzeitig kennt[1].

Im Einzelnen führt diese Auffassung zu folgenden Consequenzen:

I. Es handelt sich nicht um eine Ergänzung, sondern nur um eine praesumtive Interpretation des Parteiwillens. Deshalb muss das betreffende Beschaffenheitsmerkmal beim Vertragsabschlusse selbst irgendwie hervorgehoben sein. Diese Hervorhebung kann eine ausdrückliche[2], aber auch eine aus den Umständen sich ergebende sein[3]. Dies letztere ist z. B. der Fall, wenn sich der Geschäftsbetrieb des Verkäufers auf Waaren gewisser Beschaffenheit beschränkt; die ausdrückliche Hervorhebung dieser Beschaffenheit ist hier im einzelnen Fall überflüssig. Dagegen ist, wie immer, so auch hier die innerlich gebliebene Vorstellung des Käufers irrelevant; der Verkäufer, der mit mehreren Stoffen handelt, kann nicht wissen, dass der Käufer das vor ihm liegende Silber für Gold hält u. s. w.[4].

Endlich operirt auch Leonhard (a. a. O.) mit der Bedingung, die aber bei ihm nur eine Anwendung des weit allgemeineren Begriffs der „stillschweigend gesetzten" (richtiger fingirten) Bedingung ist. Vgl. noch Hartmann in Ihering's Jahrb. Bd. 20 S 48.

1) Insofern liegt also auch hier nach der Savigny'schen Terminologie ein Fall des unächten Irrthums vor. Ueber dieser Verwandtschaft wird die Verschiedenheit der Construktion leicht übersehen.

2) Dazu kann die Bezeichnung der Sache mit dem Gattungsnamen genügen.

3) Auch die Preisbestimmung kann unter Umständen einen Anhaltspunkt gewähren.

4) Die Meinung ist also nicht die, dass jene Merkmale im einzelnen Falle als den Entschluss bestimmende erkennbar sein müssen (concrete Causalität), wie dies Renaud (Archiv für die civ. Praxis Bd. 28 S. 247 fgg.) lehrt und auch Hanausek a. a. O. S. 71 anzunehmen scheint. (Nicht sicher bin ich über die Meinung von

Andererseits kann nach der erkennbaren Absicht der Parteien ein Beschaffenheitsmerkmal, das nach durchschnittlicher Erfahrung von wesentlichem Einflusse auf den Entschluss ist, im concreten Fall zurücktreten. Wer ein Grundstück kauft in der erkennbaren Absicht, die darauf stehende Baumpflanzung sofort zu zerstören, der kauft nicht contemplatione illarum arborum; höchstens ist der Geldwerth der Bäume für die Preisbestimmung von Einfluss gewesen [1]).

II. Die Vorstellungen, um die es sich handelt, sind in erster Linie wesentlich für den Entschluss überhaupt, nicht für die Höhe des Kaufpreises. Daraus folgt, dass der Widerspruch auch dann vorliegt, wenn die Sache in ihrer wirklichen Beschaffenheit ebenso werthvoll, oder vielleicht werthvoller ist als in ihrer vorgestellten Beschaffenheit. Der oft gelehrte Satz, dass der Kauf giltig sei, wenn die Sache werthvoller ist als sie sich der Käufer vorstellte, findet in den Quellen keine Unterstützung. Meist wird hier der Käufer kein Interesse haben, die Nichtigkeit geltend zu machen; aber das ist kein entscheidender Gesichtspunkt.

III. Der Verkäufer kann und soll die Sache, die er verkauft, selbst kennen. Sowenig daher die Rechtsordnung dem Käufer eine Garantie zu Gunsten des Verkäufers auferlegt, so wenig tritt jene Interpretation zu seinen Gunsten ein. Hat also die Sache die Merkmale, welche der Käufer hervorhebt, so ist der Kauf, trotz Irrthums des Verkäufers, giltig; geholfen kann ihm nur werden auf der Grundlage des Betrugs oder der laesio enormis. Daher ist auch das blose Missverständniss der Contrahenten irrelevant; es muss der Widerspruch zwischen der Vorstellung des Käufers und der Beschaffenheit der Sache hinzukommen; hinwiederum, ist derselbe vorhanden, so ist das Missverständniss als solches gleichgiltig.

Der Kauf ist also auch giltig, wenn der Käufer die wahre Beschaffenheit der Sache kennt [2]).

Brinz a. a. O. S. 1409.) Auch für die Zusage wird der besondere Nachweis, dass sie motivirend wirkt, nicht verlangt. Es ist also nur nöthig, dass die auf das Merkmal gerichtete Vorstellung in einer dem Gegner erkennbaren Weise hervortritt.

1) Es ist also der Gegenbeweis zulässig, dass das Beschaffenheitsmerkmal nicht motivirend gewirkt hat.

2) L. 57 §. 2 D. h. t. Darum ist hier auch die Frage, wessen Wis-

In allen diesen Fällen macht sich der Unterschied der blosen praesumtiven Interpretation von der ausdrücklich formulirten Bedingung geltend. Diese ist an keine Beschränkung gebunden; auch was Jemand schon weiss, kann er gleichwohl vorsichtshalber oder zur Beruhigung des Gegners hypothetisch hinstellen; nicht minder kann durch ausdrückliche Bedingung auch der Verkäufer seine Interessen wahren [1].

IV. Wesentlich verschieden hievon ist es, dass die Auffassung als Bedingung, wenn sie überhaupt eintritt, nun auch dem Verkäufer zum Vortheil gereicht; wie ja auch die ausdrückliche Bedingung zwar im Interesse der einen Partei gesetzt wird, als gesetzte Bedingung aber nach beiden Seiten wirkt (L. 6 D. de periculo). Daraus ergibt sich, dass

1) die Wirkung der Deficienz absolute Nichtigkeit ist [2]. In der That ist die entgegengesetzte Ansicht, welche übrigens als die herrschende wird bezeichnet werden dürfen [3], nur vom Standpunkt derjenigen aus consequent, welche den error in substantia als einfaches, aber ausnahmsweise rechtlich relevantes Motiv betrachten [4]. Die Quellen stimmen mit unserem Satze vollständig überein, es ist in dieser Beziehung nicht nur der scharfe Gegensatz in L. 57 D. h. t. zu beachten; entscheidend ist auch der Umstand, dass gerade wie im Fall der nichtexistirenden Sache condictio indebiti wegen des bezahlten Kaufpreises stattfindet [5].

2) Im Falle der Deficienz trifft den Verkäufer keine Haf-

sen massgebend ist, das des Vertreters oder des Vertretenen, von Interesse. L. 13 D. h. t.

1) Vgl. im Allgemeinen Goldschmidt S. 33 A. 8.

2) Savigny a. a. O. S. 294; neuestens Regelsberger bei Endemann Bd. II S. 406 A. 7.

3) z. B. Brinz S. 1410. Goldschmidt a. a. O. und die dort Angeführten.

4) Hölder in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 574, der übrigens anerkennt, dass Ulpian absolute Nichtigkeit statuirt.

5) L. 57 pr., L. 41 §. 1 D. h. t. Auf diese Weise kann der Verkäufer gegen den Nachtheil reagiren, der ihn trifft, wenn er eine Sache verkauft, die werthvoller ist als er sich vorstellt; irrt in dieser Beziehung auch der Käufer (oben II), so liegt absolute Nichtigkeit vor. Ist der Käufer wissend, so ist der Verkäufer durch den Contrakt ge-

tung, auch nicht für das s. g. negative Vertragsinteresse. In der Bedingung liegt gerade die Ablehnung der Haftung[1]). Die entgegengesetzte Ansicht führt zu dem Resultat, dass die Hervorhebung des nämlichen Merkmals zu Gunsten des Käufers als Bedingung, zum Nachtheil des Verkäufers als Zusage behandelt wird, ein offenbar wenig befriedigendes Resultat. Auch gibt keine Stelle eine Andeutung solcher Haftung; namentlich ist in dieser Beziehung das Schweigen der L. 57 pr. D. h. t., gerade weil sie den wissenden und den nichtwissenden Verkäufer völlig gleich behandelt, von entscheidender Beweiskraft. Die actio doli bleibt natürlich immer vorbehalten[2]).

§. 243.

Von diesem Standpunkt aus gewinnt nun auch die Frage, in welchen Fällen denn diese Praesumtion zu Gunsten der Bedingung eintritt, eine ganz andere Bedeutung, als für die herrschende Lehre[3]). Denn diese versteht unter der materia, *οὐσία,* qualitas, welche Ausdrücke gelegentlich in den Quellen vorkommen[4]), einen dem corpus irgendwie gleichartigen Bestandtheil der Sache, dessen Merkmale zu entdecken die Aufgabe der Wissenschaft sein soll; ja der einmal gebrauchte Ausdruck *οὐσία* erweckt bei manchen Neueren die Vorstellung, als habe Ulpian oder wer sonst von den klassischen Juristen das metaphysiche Wesen der Dinge zu

schützt, L. 57 D. h. t.; dies ist ihm sogar durchschnittlich vortheilhafter als die Nichtigkeit.

1) Wird das Geschäft ausdrücklich als bedingtes geschlossen, so ist darüber kein Zweifel (vgl. auch oben S. 436.)

2) Zu anderer Ansicht müssen die gelangen, welche den Unterschied zwischen den Identitäts- und den Beschaffenheitsmerkmalen ignoriren. Vgl. z. B. Goldschmidt a. a. O. S. 39 A. 11.

3) Savigny selbst hat durchaus den richtigen Ausgangspunkt S. 277, so wenig die Erklärung der einzelnen Entscheidungen immer befriedigen mag. Erst in neuerer Zeit ist man wieder dahin zurückgekehrt, der *οὐσία* Ulpian's eine besondere principielle Bedeutung beizulegen. Hölder in der kr. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 578; vor Allem Zitelmann a. a. O. S. 568 fgg. Hanausek S. 11. Auch die Formulirung von Dernburg (Pr. Pr. I §. 108) vermag ich als eine glückliche nicht anzuerkennen.

4) L. 9 §. 2, L. 14 D. h. t, L. 21 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

erforschen und das Resultat dieser Speculation juristisch zu verwerthen gesucht.

Diese Meinung ist völlig unbegründet. Bei unbefangener Betrachtung ergeben die Quellen folgende Resultate[1]).

I. Wird beim Kaufe eines Grundstücks die ökonomische Beschaffenheit und Verwendung desselben als Merkmal hervorgehoben, so interpretirt die Rechtsordnung diese Vorstellung als Bedingung: bei Ermangelung jener Eigenschaft ist der Kauf nichtig. Diese Behandlung gereicht beiden Theilen zum Vortheil: dem Käufer, indem er das vorhandene Object, den fundus, auch nicht mit Entschädigung zu nehmen[2]), dem Verkäufer, indem er weder accessorisch noch surrogatweise Entschädigung zu geben braucht.

Die Quellen treffen diese Entscheidung in zwei Fällen, welche wohl auch als erschöpfend und ausreichend betrachtet werden können.

1) Es wird ein bestimmtes Grundstück als „Haus" verkauft, während dieses bereits untergegangen ist[3]). Von diesem Falle handelt Paulus (lib. V. ad Plautium) in der bekannten L. 57 D. h. t. Scheiden wir dabei einstweilen den Fall des theilweisen Untergangs ganz aus, so ergeben sich folgende Gestaltungen.

a) Das Haus ist bereits abgebrannt, ohne dass einer der Contrahenten dies weiss. Der Kauf ist nichtig, trotzdem ja doch der Bauplatz übrig bleibt; der Kaufpreis unterliegt der Condiktion.

1) Kein entscheidendes Gewicht kann, wie schon oben bemerkt (S. 418), auf die L. 22 D. de V. O. (45, 1) und die L 1 §. 2 D. de pignor. (13, 7) gelegt werden. Was die erste Stelle anlangt, so ist in derselben gerade der entscheidende Punkt, dass der Gegenstand bei der Stipulation selbst als Gold bezeichnet worden ist, gar nicht hervorgehoben. Dass die clausula doli herbeigezogen wird, spricht gegen diese Annahme. In L. 1 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) aber ist der Fall der, dass dem Pfandgläubiger mit dem angeblichen Gold immer noch mehr gedient ist, als wenn er gar nichts bekommt und blos auf die actio pigneratitia contraria angewiesen ist. Vgl. Savigny S. 299, 301.

2) Dieser Gegensatz tritt namentlich in L. 57 D. h. t. sehr scharf hervor.

3) Diesem Fall steht natürlich der andere gleich, wenn das Grundstück gar niemals ein „Haus" war. Nur kann hier möglicherweise eine condicio in futurum collata anzunehmen sein.

Domum emi quam et ego et venditor combustam ignoraremus; Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse pecuniamque solutam condici posse aiunt.

b) Dem Verkäufer ist es bekannt, dass das Haus abgebrannt ist; auch hier hat es bei der Nichtigkeit das Bewenden, von Entschädigungsansprüchen ist keine Rede.

§. 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit.

c) Der dritte Fall, Wissen des Käufers, ist dem Falle gleichgestellt, wenn der Verkäufer wissentlich das theilweise untergegangene Haus verkauft, d. h. der Verkauf gilt — aus den schon oben S. 452 entwickelten Gründen; auch ist hier nicht einmal von einem Anspruch auf Herabsetzung des Preises die Rede, der Käufer hat denselben ja gerade mit Rücksicht auf die area bestimmt, beziehungsweise sich gefallen lassen [1]).

d) Sind beide Theile wissend, so liegt entweder — diesen Fall hebt der Jurist nicht besonders hervor — ein negotium mixtum cum donatione vor: oder der Verkäufer hat den Käufer betrügen wollen, welche Absicht durch das Wissen des Käufers nicht ausgeschlossen wird; hinwiederum hat der letztere von diesem Betruge keinen Schaden. Es kann also kein Theil etwas vom andern verlangen.

2) Hierauf folgt in der Compilation unmittelbar eine Entscheidung Papinian's bezüglich des ländlichen Grundstücks. Ist ein solches als Oelpflanzung verkauft zu einer Zeit, wo diese durch Elementarereignisse zerstört ist, so ist der Kauf nichtig.

Papinianus lib. X quaest.

1) A. A. Mommsen Beiträge Bd. I S. 166, der diese Entscheidung nur auf den Fall beschränken will, wenn ein Theil des Gebäudes stehen geblieben ist. Der Wortlaut nöthigt nicht zu dieser Auslegung und die unsrige hat einen inneren Grund für sich. Vgl. auch L. 58 D. eod., wo der Fall des theilweisen Untergangs ausdrücklich nicht besprochen und gleichwohl wegen des Wissens des Käufers auf das Vorhergehende Bezug genommen ist. Die Mommsen'sche Auffassung (vgl. S. 168 A. 48) beruht auf der irrthümlichen Annahme, als sei kein Kaufobject vorhanden. In Wirklichkeit fehlt nur eine Qualität desselben und auf diesen Mangel kann sich der wissende Käufer nicht berufen. Wie hier Richelmann Irrthum S. 20, 83, 101.

Arboribus quoque vento deiectis vel absumtis igne dictum est, emtionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione[1]) illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore.

Der zweite Theil der Stelle ist offenbar gekürzt, beziehungsweise (wie schon die Bezugnahme auf das Vorhergehende beweist) interpolirt. Damit derselbe vollkommen zutreffend wäre, müsste auch noch der Fall des theilweisen Untergangs der Bepflanzung in Betracht gezogen sein (in superioribus casibus)[2]).

II. Flüssigkeiten und Rohstoffe unterscheiden sich von einander gerade durch den Stoff; es gibt hier gar kein allgemeineres Unterscheidungsmerkmal als dieses. Kauft daher Jemand eine bestimmte Flüssigkeit als Bier, die in Wirklichkeit Wein ist, einen bestimmten Körper als Gold, der in Wirklichkeit Silber ist, so ist das, was er kauft, von dem was er kaufen wollte, eben gerade durch den Stoff verschieden, während das Haus und der Bauplatz, die Oelpflanzung und der wüste Platz sich nicht durch den Stoff, sondern auf andere Weise unterscheiden. Aber wie hier, so kann auch dort die Rechtsordnung auf Grund der durchschnittlichen Erfahrung die Uebereinstimmung zwischen der vorgestellten und der wirklichen Beschaffenheit als Bedingung interpretiren. In diesem Sinne ist die L. 9 §. 2 D. h. t. zu verstehen. Gibt

1) Ein anderer Fall ist der, wenn die Bäume nur als preissteigernde Eigenschaft in Betracht kommen. Diesen Fall hat Gaius in L. 9 D. de peric. (18, 6) im Auge. Oben S. 452.

2) Mit diesen beiden Stellen findet sich Zitelmann a. a. O. S. 581, zu dessen Theorie sie in keiner Weise passen, etwas leicht ab durch die Bemerkung, es fehle hier am Kaufobject. Diese Behauptung ist unrichtig und widerspricht nicht nur der eigenen Theorie Zitelmann's, sondern auch der ausdrücklichen Bemerkung Papinian's in L. 58 D. h. t. Das von Zitelmann a. a. O. A. 575 angeführte Beispiel ist nicht nur weit hergeholt, sondern offenbar unzutreffend. Weder „das Haus" noch die „Oelpflanzung" sind jemals selbständige Kaufobjecte, denen nur unter Umständen der fundus als Accession beigegeben wird, wie der Geigenschnecke der Rumpf. Alle diejenigen, welche die Entscheidung der L. 57 u. 58 D cit. aus dem Mangel des Kaufobjects erklären, müssen sich zu der Consequenz bereit finden, dass, wenn das Haus während der Schwebe der wahren Bedingung abbrennt, der Vertrag erlischt. Vgl. auch L. 98 §. 8 D. de solut. (46, 3).

diese Stelle Anlass zu einem Tadel gegen den Juristen, so bezieht sich derselbe nicht auf die Entscheidung als solche noch auf den überaus harmlosen und ich möchte sagen trivialen Begriff der materia.

Wohl aber lässt sich dem Juristen die allzu grosse Gleichgiltigkeit gegen die juristische Construktion[1]) und die, namentlich in L. 11 pr. D. eod. hervortretende Oberflächlichkeit in der Motivirung vorwerfen. Allein dieser Tadel ist weder auf diese Stellen noch ist er auf Ulpian beschränkt.

Die Entscheidung selbst lautet wie folgt:

Inde quaeritur: si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud simile, an emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit, caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur[2]); in caeteris autem nullam esse venditionem puto, quia in materia erratur.

III. Zwischen den beiden Geschlechtern besteht keine Verschiedenheit des Stoffes; aber vom wirthschaftlichen, ja auch vom ethischen Standpunkt aus ist der Sklave ein so wesentlich anderes Gut als die Sklavin[3]), dass die Rechtsordnung auch das Zutreffen des Geschlechtsmerkmals, wenn dasselbe beim Verkaufe hervorgehoben ist, ohne Weiteres als Bedingung interpretiren darf. Dem Käufer, der einen Sklaven erwerben will, ist die Sklavin werthlos, so dass ihm mit bloser Preisherabsetzung nichts gedient ist; ganz abgesehen davon, dass möglicher Weise die Sklavin genau ebenso theuer ist als der Sklave. Dagegen kann das Merkmal der Jungfräulich-

1) Namentlich im Vergleich zu L. 120 D. de V. O. (45, 1).

2) In Wirklichkeit consentirt also Ulpian nicht; er unterscheidet schlechten Wein (gerade wie Paulus in L. 10 D. eod. schlechtes Gold) und Stoff, der gar kein Wein ist. Marcellus hatte gerade auch im letzteren Falle Giltigkeit angenommen. Ueber das Verhältniss von Wein und Essig vgl. auch die L. 9 §. 1, 2 D. de tritico (33, 6).

3) Vgl. Savigny a. a. O. S. 282.

keit nicht auch in derselben Weise interpretirt werden, hier ist es den Contrahenten überlassen, dies ausdrücklich selbst zu bestimmen; ausserdem liegt blose Zusage vor.

L. 11 §. 1 D. h. t. Quodsi ego me virginem emere putarem quum esset iam mulier, emtio valebit; in sexu enim non est erratum. Caeterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emtio, nulla venditio est.

Diese Entscheidung hat selbstverständlich im heutigen Rechte noch eine entsprechende Anwendung auf den Kauf solcher Thiere, bei welchen, wie bei den Sklaven, die Geschlechtsverschiedenheit nach den Anschauungen des Verkehrs ein wesentliches Merkmal der Beschaffenheit und ökonomischen Brauchbarkeit ist [1]).

IV. Bewegliche Sachen, welche verarbeitet sind, unterscheiden sich von einander durch die Form, aber auch durch den Stoff.

A. Nach den Anschauungen des Verkehrs ist die Form in allen Fällen ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal, so wesentlich, dass von ihr ja auch die Bezeichnung, der Name der Sache hergenommen wird [2]). Das Zutreffen des Merkmals der Form ist daher ohne Weiteres als Bedingung des Geschäfts aufzufassen; sonst ist aliud pro alio verkauft. Bezeichne ich in der Dunkelheit einen bestimmten Gegenstand als Uhr, der in Wirklichkeit ein Medaillon ist, wer wollte, von besonderer Verabredung abgesehen, an die Giltigkeit des Geschäfts glauben? Eine ausdrückliche Entscheidung dieses Falles ist in den Quellen meines Wissens nicht einmal vorhanden [3]).

B. Grössere Schwierigkeit verursacht dagegen in diesen

1) Merkwürdiger Weise ist dieser Satz von Bruns a. a. O. S. 486 bestritten.

2) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 13 A. 7.

3) Dieselbe Entscheidung findet analoge Anwendung bei verschiedenen Thiergattungen. Verkaufe ich einen bestimmten Vogel als Nachtigall, so ist das Zutreffen dieses Merkmals im Zweifel nicht als Zusage, sondern als Bedingung aufzufassen und ist der Vogel in Wirklichkeit eine Amsel, so ist der Vertrag nichtig. Dass es sich in allen diesen Fällen nicht etwa um einen error in nomine handelt, versteht sich von selbst.

Fällen das Merkmal des Stoffes [1]), und zwar deshalb, weil widersprechende Entscheidungen in den Quellen vorzuliegen scheinen. Indessen gereicht uns auch hier vielleicht der rein empirische Standpunkt, den wir in dieser ganzen Lehre einnehmen, zum Vortheil [2]).

Nach römischer Auffassung ist das Verhältniss des Stoffes zur Form keineswegs ein einfaches; der Stoff, der beliebig in andere Formen gebracht werden kann, hat der gegenwärtigen Form gegenüber eine selbständigere Bedeutung, als der Stoff, der in dieser gegenwärtigen Form gewissermassen auf- und untergeht. Dieser Unterschied tritt zunächst in der Lehre von der Specification hervor. Indem diese selbst, wie sie sich schliesslich aus manchfachen Controversen herausgebildet hat, nicht auf einer metaphysischen Auffassung der Materie beruht, sondern auf den Anschauungen des Verkehrs, so sind wir nicht gehindert, die Spuren jener Unterscheidung auch in unserer Lehre zu verfolgen [3]). Dieselben führen zu folgendem Resultate:

1) Der Kauf eines Tisches aus angeblichem Citronenholz ist giltig; das Merkmal des Stoffes erscheint als blose Zusage und es ergeben sich lediglich Entschädigungsansprüche.

L. 21 §. 2 D. de a. e. v. (19, 1).

Paulus L. XXXIII ad Edict.

Quamvis supra diximus [4]), quum in corpore consentiamus,

1) Vgl. Vangerow Bd. III S. 265 fgg.

2) Die fraglichen Stellen sind so beschaffen, dass eine Einigung über ihre Auslegung nie eintreten wird; es handelt sich zum Theil um Ausdrücke, deren technologische Bedeutung unsicher ist. Daher muss eine Erklärung genügen, welche diese Stellen als mit der aufgestellten Grundansicht nicht im Widerspruch stehend erscheinen lässt; eingehende Polemik gegen andere Interpretation ist ganz zwecklos. Gerade hier kann die Exegese nur die Unterstützung, aber nicht die Grundlage der Dogmatik darbieten.

3) Die Parallele mit der Specification ist bereits gestreift von Brinz a. a. O. S. 1407. Vgl. ferner Bruns a. a. O. S. 486.

4) Dieses „supra“ ist innerhalb der Compilation eine referens sine relato. Dass übrigens Paulus nicht etwa ein Anhänger des Marcellus war und daher der an die Spitze gestellte Satz auch seiner ursprünglichen Bedeutung nach nur im restriktiven Sinne verstanden werden kann, beweist L 10 und L. 57 D. h. t.

de qualitate [1]) autem dissentiamus, emtionem esse [2]), tamen venditor teneri tebet, quanti interest non esse deceptum, et si venditor quoque nesciat; veluti si mensas quasi citreas emat quae non sunt.

Der Stoff, um den es sich hier handelt, ist, so kostbar er immer sein mag, um seiner natürlichen Beschaffenheit willen der Form untergeordnet. Die Interpretation des Merkmals im Sinne der Bedingung tritt nicht ein.

Dagegen ist

2) der Kauf eines Tisches nichtig, der, als massiv silbern bezeichnet, nur mit Silber überzogen (oder eingelegt) ist. Es findet Condiktion des Preises statt. So entscheidet Julian in L. 41 §. 1 D. h. t.

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens; nulla est emtio pecuniaque eo nomine data condicetur.

Wir haben es hier mit einem Stoffe zu thun, welcher der Form gegenüber seine Selbständigkeit bewahrt: es liegt nahe, dass deshalb der Uebereinstimmung zwischen Vorstellung und Wirklichkeit eine gesteigerte Bedeutung beigelegt wird [3]).

Freilich scheint nun diese Entscheidung selbst wieder mit einigen andern Stellen im Widerspruch zu stehen. Vor allem mit L. 14 D. h. t. (Ulpianus lib. XXVIII ad Sabinum) [4]).

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent, utputa si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, quum aes esset? Utputa coheredes viriolam quae aurea dicebatur exquisito pretio uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse con-

1) Dass zwischen dieser qualitas und der materia des Ulpian ein wesentlicher Unterschied besteht, ist völlig unerfindlich. Ulpian selbst gebraucht in L. 14 D. h. t. materia und qualitas offenbar als synonym.

2) Ueber die Lesart vgl. Savigny a. a. O. S. 287. Vangerow a. a. O. S. 267. — Was den Ausdruck „dissentiamus" anlangt, so bezeichnet derselbe hier offenbar nicht den gegenseitigen Dissens, sondern den übereinstimmenden Dissens gegenüber der Wirklichkeit. Diese Bedeutung von Dissens tritt namentlich auch im „contrarius dissensus", durch den die Obligation aufgehoben wird, hervor.

3) Die Ausführungen von Savigny S. 280 berühren sich nur theilweise mit denen im Texte und sind nicht frei von Willkür.

4) Vgl. über diese Stelle Zitelmann a. a. O. S. 579.

stat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio, si autem aes pro auro veneat, non valet.

Wir haben nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle keinen Grund, die Schlussworte blos auf Rohmaterial zu beschränken, wie etwa in L. 9 §. 2 cit. Der Grundsatz, der sich hiernach ergibt, dass bei geformten Metallsachen auch bezüglich des Stoffes die Uebereinstimmung zwischen Vorstellung und Wirklichkeit als Bedingung der Giltigkeit aufzufassen ist, stimmt mit L. 41 §. 1 D. cit. durchaus überein. Was aber die specielle Entscheidung anlangt, so verstehe ich unter inauratum nicht legirtes Gold [1]), noch die blose Vergoldung, sondern eingelegtes Gold [2]), im Gegensatz zum massiven Gold. Dann ist das Verhältniss beider Stellen folgendes. Im Fall der L. 41 §. 1 D. h. t. war ausdrücklich die Solidität hervorgehoben; ist nun gleichwohl neben dem Silber noch ein anderer Stoff vorhanden, so ist die Bedingung nicht erfüllt. In unserm Fall ist das Gefäss einfach als „golden" bezeichnet. Dieses Merkmal trifft auch noch zu, wenn nur goldene Bestandtheile vorhanden sind: so spricht man von einer „goldenen" Brille, einer „goldenen" Uhr, einem „silbernen" Messer. Wir bewegen uns also auch hier durchaus nur auf dem Gebiete der Interpretation.

Die zweite Stelle [3]) von Marcian (lib. IV. regul.) beschäftigt sich zunächst mit dem Falle, wenn alte Kleider als neue verkauft werden und nimmt hier blose Zusage an, deren Wirkung verschieden ist, je nachdem der Verkäufer sich in Unwissenheit befindet oder nicht. Diese Entscheidung, die uns keine Schwierigkeit verursacht, wird nun auch ausgedehnt auf ein Gefäss: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro

1) Unter dieser Voraussetzung macht die Entscheidung gar keine Schwierigkeit, vgl. L. 10 D. eod.

2) Vgl. L. 3 §. 3 D. de supell. leg. (33, 10); die hier genannten lecti inargentati vel inaurati atque gemmati stehen im Gegensatz zu denen, welche tota argentea vel aurea sind. Ferner L. 21 C. de op. publ. (8, 11): basilica inaurata (et marmoribus decorata); L. 19 §. 6 D. de auro (34, 2), L. 32 §. 1 D. eod.

3) L. 45 D. h. t. Savigny a. a. O. S. 297 will bekanntlich die Stelle geschichtlich erklären.

vendidisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit, praestet[1]). Man kann diese Stelle darauf beziehen, dass ausdrücklich eine blose Zusage vorliegt; aber diese Erklärung ist dem Wortlaut gegenüber nicht minder willkürlich, wie wenn man L. 41 §. 1 D. cit. von einer ausdrücklichen Bedingung versteht[2]). Die Schwierigkeit liegt vielmehr in der Mehrdeutigkeit des Worts aurichalcum. Versteht man darunter mit Savigny Messing, so ist allerdings ein Widerspruch zu L. 10 D. cit. vorhanden. Allein aurichalcum hat auch die Bedeutung von legirtem Golde. Diese Bedeutung ist von Festus[3]) bezeugt; sie tritt auch, wie mir scheint, in L. 4 pr. D. de leg. I (30) von Ulpian hervor. Wer „Messing" unter „Gold" subsumirt, ist nicht minder dumm, als wer Kleider für eine Art des Hausraths hält. Aber aurichalcum ist hier mit electrum zusammengestellt; dies ist Mischung von Gold und Silber (L. 7 §. 8 de a. r. dom.); dadurch wird die Annahme, dass auch aurichalcum vermischtes Gold ist, ohne Zweifel sehr nahe gelegt. Ist aber dies der Fall, so steht die Entscheidung, welche blose Zusage annimmt, im Einklang mit den übrigen Entscheidungen, namentlich mit L. 10 D. h. t.

V. Es kann sich noch fragen, ob bei einer Mehrheit von Sachen auch das Quantitätsmerkmal als Bedingung interpretirt wird. Eine ausdrückliche Entscheidung für den Kauf liegt nicht vor. Wohl fasst Papinian in der öfter erwähnten L. 120 D. de V. O. (45, 1) für die Stipulation dieses Merkmal als Bedingung auf. Allein die analoge Anwendung auf den Kauf ist gleichwohl bedenklich. Denn die Stipulation hat für eine Zusage keinen Raum; in der That also besteht hier nur die Wahl zwischen Bedingung und irrelevanter Demonstration. Beim Kauf ist dies anders. Zudem liegt die positive Entscheidung vor, dass die Bestimmung des

1) Diese Worte sind, wie mir scheint, von Savigny a. a. O. S. 295 vollkommen genügend als Ausdruck der Entschädigungspflicht erklärt. — Die Erklärung der Stelle von Vangerow Bd. III S. 266 ist unmöglich; sie beruht auf einer Combination von Zusage und Nichtigkeit. S. oben S. 454.

2) So neuerdings Zitelmann a. a. O. S. 580, der hier freilich ebenso wie auf S. 575 mit seinen eigenen Interpretationsgrundsätzen (S. 577 A. 565) einigermassen in Widerspruch zu gerathen scheint.

3) Aurichalcum quidam putant ex aere et auro.

Flächeninhalts eines Grundstücks nicht als Bedingung, sondern als Zusage wirkt[1]).

VI. Auch die Integrität der Sache ist im Zweifel nicht als Bedingung aufzufassen; sonst würde überhaupt nicht leicht ein anderer als ein bedingter Kauf abgeschlossen werden. Selbst für die Fässer (beziehungsweise Gefässe) enthält das römische Recht nur die besondere Vorschrift, dass der Verkäufer wie der Vermiether[2]) auch ohne besondere Zusage für die Dichtigkeit haftet und dass der Verkäufer des Grundstücks, welcher Fässer nicht in specie als Accessionen verspricht, unversehrte zu leisten hat[3]).

Besonders lehrreich ist hier noch die Behandlung des Hauses. Von dem Fall, dass dasselbe vollständig untergegangen, wird scharf unterschieden der Fall, dass es theilweise vernichtet ist[4]). Auf diesen zweiten Fall wird nicht die Kategorie der Bedingung angewendet, sondern die Kategorie der Garantie[5]). Der Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit ist hier anders beschaffen als im vorigen Fall. Im Einzelnen ist das Folgende bestimmt.

1) Sind beide Theile in Unwissenheit, so bestimmt sich vor Allem die Gränze zwischen Nichtexistenz und theilweiser Existenz nach dem Verhältnisse des Stehenden zu dem Untergegangenen. Ist das letztere überwiegend, so ist der Kauf nichtig; im anderen Fall ist er giltig, jedoch so, dass der Preis entsprechend gemindert wird.

1) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 64. Oben S. 362.

2) L. 6 §. 4 D. de a. e. v. (19, 1); L. 19 §. 1 D. loc. (19, 2).

3) Oben S. 367.

4) Diesem Falle würde wiederum der gleichstehen, dass das noch unfertige Haus als fertiges verkauft ist.

5) Ich bin daher weit entfernt, in den Tadel älterer Interpreten einzustimmen. Meines Erachtens liegt der Entscheidung in der Hauptsache allerdings ein Princip zu Grunde. Es ist auch die Parallele mit dem (suspensiv) bedingten Kauf nicht zu verkennen. Nichtigkeit im Fall des Untergangs, Bestehen im Fall der Deterioration; nur trifft in unserm Fall den Käufer nicht der Nachtheil der Deterioration. Die Willkür beginnt da, wo das Haus theilweise untergegangen ist; dass hier bald die Hälfte, bald quantacunque pars zur Aufrechthaltung genügt, mag immerhin Justinianisches Kunststück sein.

Sed si pars domus maneret, Neratius ait hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumtae permaneat; ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet [1]. Sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur [2].

Der Entscheidung liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Hälfte dem Ganzen gleich ist. Wie sich aber diese „Hälfte" im einzelnen Fall bestimmt, ist nicht ganz so leicht zu sagen; das blose räumliche Verhältniss der (verbrennbaren) Theile kann nicht wohl entscheiden, ebensowenig das blose Werthverhältniss. Der entscheidende Punkt wird vielmehr sein, ob zur Beseitigung der Wirkungen des Brandes „Neubau" oder „Ausbau" erforderlich ist. Dies ist im einzelnen Fall keine juristische, sondern eine technische Frage [3].

2) Ist der Verkäufer wissend, so ist der Kauf schon dann giltig, wenn auch nur irgend ein Theil des Hauses übrig bleibt, und der Verkäufer muss dem Käufer das volle Interesse ersetzen [4].

1) Bleibt man blos bei dem ersten Theil des Nachsatzes stehen, so lässt derselbe die Deutung zu, dass entweder ein negotium claudicans oder doch Anfechtbarkeit (relative Nichtigkeit) zu Gunsten des Käufers bestehe. So Richelmann, Irrthum S. 77 fgg. Mommsen Beiträge Bd. I S. 166. Allein der zweite Theil, welcher die condictio indebiti verleiht, lässt doch keinen Zweifel, dass auch dem Käufer die Contraktsklage nicht zusteht Beide Sätze zusammen ergeben als Resultat die absolute Nichtigkeit.

2) Ich gestehe, dass mir die Aechtheit dieser ganzen Stelle von „sin" an einigermassen bedenklich erscheint; die Diktion ist mehr justinianisch als paulinisch. Indessen mehr als ein Bedenken vermag ich nicht auszusprechen. Uebrigens ist die Ansicht, dass hier Interpolationen vorliegen, auch schon von Andern ausgesprochen worden; vgl. Vangerow Bd. III S. 263. In der Sache selbst vgl. auch L. 45 D. h. t. und oben S. 149.

3) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 166 A. 14.

4) Auch hier handelt es sich also nicht um Anfechtbarkeit in dem Sinn, dass der Käufer die Entscheidung in der Hand hat; auch der Verkäufer kann durch Anerbieten der Entschädigung den Käufer nöthigen, den

3) Ist das Wissen auf Seiten des Käufers vorhanden, so ist der Vertrag ebenfalls giltig, wenn irgend ein Theil des Hauses übrig bleibt[1]; es ist dabei aber weder von Preisminderung noch von sonstigen Entschädigungsansprüchen die Rede [2]. §. 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat —, si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emtori quod interest restituere. §. 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat; et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est solvi, vel si solutum sit non repeti.

4) Sind beide Theile wissend, so liegt ein wechselseitiger Betrug vor, dergestalt, dass kein Theil vom andern etwas verlangen kann (§. 3 eod.; vgl. oben S. 304). Allein diese Auffassung ist nicht die einzig mögliche; es kann auch ein negotium mixtum cum donatione anzunehmen sein; der Käufer bezahlt die Ruine wissentlich absichtlich so theuer, wie er das Haus bezahlt hätte und der Verkäufer nimmt diesen Preis an. Endlich kann ja auch die Ruine als solche Kaufobject sein [3]. An diese Eventualitäten hat der Jurist (oder der Kaiser) nicht weiter gedacht.

Dieselbe Behandlung soll nach den Schlussworten der L. 58 D. eod. auch im Falle des Kaufs der Oelpflanzung eintreten.

Vertrag zu erfüllen. Da übrigens jener regelmässig kein Interesse haben wird, seine Wissenschaft zu behaupten und daraufhin aggressiv vorzugehen, so ist diese Bestimmung offenbar zunächst im Interesse des Käufers, wie dies ja auch die Stelle hervorhebt. Steht also weniger als die Hälfte, so hat zunächst der Käufer die Wahl; er kann a) den Vertrag als ungiltig, er kann aber auch, b) indem er das Wissen des Verkäufers behauptet und beweist, denselben als giltig behandeln. Aber entzogen ist auch dem Verkäufer diese Möglichkeit nicht. Vgl. Windscheid §. 76 A. 9.

1) Er ist hier sogar giltig, wenn nichts übrig bleibt. Vgl. oben S. 456 und Mommsen a. a. O. S. 168.

2) Hier verhält es sich umgekehrt. Der Käufer hat kein Interesse, wohl aber ein Recht, den Vertrag durch Berufung auf sein Wissen aufrecht zu halten. Das Interesse ist hier auf Seite des Verkäufers.

3) Mommsen a. a. O. S. 169.

Sive autem emtor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec obtinent quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.

§. 244.

Zum Abschlusse dieser Untersuchung ist noch die Frage zu beantworten, ob die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen eine exclusive oder nur eine exemplificative Bedeutung haben. Die Antwort kann nur zu Gunsten der letzteren Alternative ausfallen [1]).

Der allgemeine Satz, welcher den einzelnen Entscheidungen zu Grunde liegt, ist, wie sich gezeigt hat, kein anderer als der, dass die Hervorhebung von Beschaffenheitsmerkmalen unter Umständen von der Rechtsordnung ohne Weiteres als Bedingung des Geschäfts ausgelegt wird. Welche Umstände zu dieser Auslegung berechtigen, darüber besteht keine formulirte Regel und mit dem vermeintlichen Begriff der substantia ist nichts anzufangen. Wohl aber gibt eine andere Aeusserung Ulpian's, aliud pro alio venisse videtur, einen genügenden Anhaltspunkt. Jene Interpretation ist gerechtfertigt, wenn das Beschaffenheitsmerkmal für den Verkehrswerth des Objects von solcher Bedeutung ist, dass es ohne dasselbe nach der durchschnittlichen Erfahrung des Lebens nicht gekauft worden wäre.

Man kann dies auch so ausdrücken: wenn der Entschluss, die Sache, so wie sie in der Vorstellung existirt, und der Entschluss, die Sache, so wie sie in Wirklichkeit beschaffen ist, zu kaufen, nach der durchschnittlichen Anschauung des Verkehrs verschiedene selbständige Entschlüsse sind; im Gegensatz zu dem Falle, da mit dem Entschluss die Ergebung in die Eventualität verbunden ist, dass die Sache in der Wirklichkeit schlechter als in der Vorstellung ist.

Auf dieser Grundlage lassen die Beispiele der Quellen eine Erweiterung zu: man denke nur z. B. an das Merkmal der Aechtheit des Ursprungs (Manuskripte, Kunstwerke, Naturprodukte, Fabrikate u. s. w.). Nur muss man sich dessen bewusst bleiben, dass es sich immer um eine nachhelfende In-

1) Bekanntlich ist die Auffassung von Savigny in dieser Beziehung widerspruchsvoll.

terpretation handelt, die im Interesse der Sicherheit des Verkehrs nicht zu weit ausgedehnt werden darf und auch der Ausdehnung über ein gewisses Gebiet hinaus nicht bedarf, da ja die Parteien jederzeit die betreffende Bestimmung ausdrücklich treffen können. Ich glaube daher, dass es bereits zu weit gegangen ist, wenn man die „Classificationsfaktoren" [1]) zu Grunde legt, mit welchen der Verkehr operirt; denn hiebei ist die Gränze zwischen Bedingung und Garantie kaum mehr festzuhalten. Bei Kleidern ist ohne Zweifel das Prädikat „alt" und „neu" ein Classifikationsfaktor, ebenso wie bei Büchern; auch die Holzsorten bei Meubeln sind Classifikationsfaktoren, ebenso auch die grössere oder geringere Güte („Qualität") u. s. f. Das aliud pro alio venisse videtur muss in einem strengeren Sinne aufgefasst werden [2]).

1) Savigny a. a. O. S. 296: „wenn nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden muss, als wozu sie wirklich gehört"; vgl. denselben S. 290 Anm. z. Brinz a. a. O. S. 1406; Windscheid §. 76 N. 4; Goldschmidt a. a O. S. 32; Hanausek S. 11.

2) Eine andere Frage ist die, ob die in den Quellen ausdrücklich entschiedenen Fälle für uns noch massgebend sind, auch wenn unsre Verkehrsanschauungen sich geändert haben. Die Antwort hierauf hängt durchaus von der Vorstellung ab, die man von dem Grund und der Art der Geltung des römischen Rechts hat.

Siebentes Kapitel.

Aufhebende Verträge.

Erster Abschnitt.

Aufhebung durch selbständigen Vertrag.

§. 245.

Der geschlossene Kaufvertrag kann durch den Willen der Parteien wieder aufgehoben, wie man im gewöhnlichen Leben sagt, rückgängig gemacht werden. Diese auf die Aufhebung gerichtete Uebereinkunft kommt in zweifacher Weise vor:

1) als formell selbständiger Vertrag, s. g. contrarius consensus, contrarius dissensus, contraria voluntas [1]) und

2) als ein dem Hauptvertrag selbst beigefügter bedingter Nebenvertrag (resolutiver Nebenvertrag).

Nach streng systematischer Anordnung hätte der letztere im vierten Abschnitt des vierten Kapitels erörtert werden müssen; es erscheint aber aus andern Gründen als zweckmässig, die Untersuchung über den selbständigen Aufhebungsvertrag vorausgehen zu lassen.

So lange nichts als der Abschluss vorliegt (re integra), kann der geschlossene Kaufvertrag — wie unter gleicher Voraussetzung jeder andere Consensualcontrakt — durch die formlose Uebereinkunft der Contrahenten wieder aufgehoben werden [2]).

1) Der Ausdruck mutuus dissensus ist nicht quellenmässig; es kommt nur der Ausdruck dissensus contrarius vor L. 80 D. de solut. (46, 3) oder dissensus einfach L. 65 §. 3 D. pro socio (17, 2); contraria voluntas: § 4 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29); nuda voluntas L. 1 C. quand. liceat (4, 45); nudus consensus L. 35 D. de R. I.

2) Abire ab emtione; L. 6 §. 2 D. h. t., L. 1 D. de rescind. vend.

In mehreren Stellen wird die Giltigkeit solcher Verabredung aus dem Satze abgeleitet und als Illustration des Satzes verwendet, dass ein Rechtsverhältniss naturgemäss auf dieselbe Weise wieder aufgehoben werde, wie es begründet sei.

Ulpianus L. 35 D. de R. J.

Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio nudo consensu dissolvitur,

und Paulus L. 153 D. eod.

Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur [1]).

Allein viel gedient ist mit diesem Satze nicht; derselbe ist gar kein Princip, sondern lediglich eine Abstraktion aus verschiedenen, noch dazu sehr ungleichartigen Erscheinungen, die dadurch weder geschaffen noch erklärt werden [2]).

Dass für die Aufhebung einer formlos geschlossenen Obligation keine weitere Förmlichkeit erforderlich ist, erscheint ja als selbstverständlich; viel wichtiger ist die Frage, — worüber gerade der erwähnte Satz gar keinen Aufschluss gibt, — wie diese Aufhebung rechtlich zu construiren ist.

Die richtige Antwort auf diese Frage wird vielfach verfehlt. Man sagt wohl, der contrarius consensus hebe den Vertrag auf, wie wenn er niemals geschlossen worden wäre. So enthält z. B. nach Leist der contrarius consensus im Gegensatze zur Acceptilation und zur nexi liberatio keine Imaginirung der Erfüllung, sondern umgekehrt ein Zurückgehen auf den die Obligation begründenden Willen, eine Erweiterung dieses Willens durch Zulassung des Wechsels der Ansichten; es handelt sich um ein Reurecht; der ursprüngliche Wille wird als nicht vorhanden constatirt [3]).

(18, 5); L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14); discedere ab emtione L. 5 D. de resc. vend. (18, 5); recedere L. 72 pr. D. h. t., L. 1 C. quando liceat ab emt. (4, 45); infectam facere emtionem L. 2 D. de resc. vend. (18, 5). Der Ausdruck rescindere kommt in dieser Anwendung, soviel ich sehe, in den Pandekten nicht vor. Dissolvere L. 35 D. de R. I., L. 2 C. quando liceat (4, 45).

1) Vgl. noch L. 100 D. de R. I., L. 80 D. de solut. (46, 3).

2) Vgl. Leist, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakt S. 6 fgg.

3) A. A. S. 19, 20. „Wir können also sagen, die Acceptilation bezieht sich auf das Ende der Obligation, der contrarius consensus auf

Diese Auffassung ist zunächst aus innern Gründen unhaltbar. Eine Willenserklärung kann ebenso wenig ungeschehen gemacht werden, wie irgend eine andere Thatsache; es kann auch nicht ungeschehen gemacht werden, dass dieselbe bereits rechtlich gewirkt hat; es kann nur die Fortdauer dieser Wirkung durch eine Gegenwirkung aufgehoben und das Resultat derselben durch darauf gerichtete Handlungen wieder beseitigt werden. Auch das Testament wird durch Widerruf nicht ungeschehen gemacht; diejenige Wirkung, welche sofort mit der Errichtung eintritt, die Wirkung der Aufhebung des früheren Testaments bleibt ein für allemal bestehen. — Es ist nicht abzusehen, wie dies auf dem Gebiete der Consensualcontrakte anders sein sollte.

Dazu kommt weiter die folgende Erwägung:

Ist der blose Consens zur Erzeugung der Obligation genügend, so ist daraus doch gar nicht zu erklären, warum gerade bei dieser also erzeugten Obligation ein „Reurecht“ zulässig sein soll. Innerhalb der Sphäre, in der er anerkannt ist, wirkt der formlose Consens mit der nämlichen Stärke, wie ausserhalb derselben die formelle Willenserklärung. Aus der Formlosigkeit der Entstehung kann also wohl — wie schon bemerkt — die Formlosigkeit des Widerrufs, falls er überhaupt zulässig ist, nicht aber diese Zulässigkeit selbst abgeleitet werden.

Auch stimmt jene Ansicht nicht überein mit dem Sprachgebrauch der Quellen. Denn der contrarius consensus wird als Aufhebung der Obligation, oder als Befreiung von derselben bezeichnet. So von Paulus in L. 23 D. de accept. (46, 4):

den Anfang.“ Die in jeder Beziehung sehr bedenkliche Bemerkung, durch den c. c. werde constatirt, dass der Wille, weil nicht fortdauernd, gewissermassen kein ganz ernstlicher gewesen sei, möge hier ganz auf sich beruhen. — Auch Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung S 31 fgg. steht auf ähnlichem Standpunkte. Vgl. auch Scheurl Beiträge II, 1 S. 23. Unklar Keller Pandekten §. 273. Eigenthümlich Brinz Pand. II S. 459 (zweite Aufl.), der auch hier den Gegensatz von Schuld und Haftung verwerthet, indem er aber von einem „Erlasse“ spricht, der hier vertretenen Ansicht nahe zu stehen scheint. Vielfach wird die Frage nach der rechtlichen Beschaffenheit des c. c. gar nicht genauer besprochen; vgl. z. B. Arndts §. 267; Windscheid §. 357 A. 5. — Anknüpfungspunkte bietet Unterholzner Schuldverhältnisse, Bd. I S. 479 dar.

> utrimque per acceptilationem (obschon dieselbe hier eben gerade nicht als Acceptilation wirkt) — liberantur obligatione;

ebenso von Pomponius in L. 80 D. de solut. (46, 3) — dissensu contrario dissolvi potest[1]) und von Ulpian in L. 35 D. de R. I. Die justinianischen Institutionen[2]) führen den contrarius consensus unter den Aufhebungsgründen der Obligationen auf und bezeichnen diese Aufhebung als ein liberari, invicem liberari[3]). Dass daneben auch Ausdrücke vorkommen, wie emtio infecta fit u. s. w., ändert an diesem Resultate nichts; diese Ausdrücke bedürfen selbst erst noch der Festsetzung ihrer Tragweite.

Sehen wir näher zu, so kann kein Zweifel bestehen, dass sich die römischen Juristen den s. g. contrarius consensus als wechselseitigen Erlassvertrag vorstellen[4]). Und zwar erscheint ihnen genauer das Geschäft

1) als wechselseitiges pactum de non petendo. Diese Auffassung gibt Julian mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit zu erkennen[5]).

> Quum emtor venditori vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur ac si convenisset inter eos ut neuter ab altero quidquam peteret; sed ut evidentius appareat („um mich noch deutlicher auszudrücken"), acceptilatio in hoc casu non sua natura, sed potestate conventionis valet[6]).

Die beiden Contrahenten erlassen sich ihre Ansprüche oder entlassen sich gegenseitig aus der Verbindlichkeit[7]). Da-

1) Vgl. noch L. 1 und 2 C. quando liceat (4, 45).

2) §. 4 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29).

3) So auch L. 1, 3 D. de resc vend. (18, 5).

4) Diese Auffassung ist auch so natürlich, dass der Ausdruck „Erlassvertrag" selbst von Leist (S. 29) gebraucht wird, obschon derselbe von seinem Standpunkt aus falsch ist.

5) L. 5 pr. D. de resc. vend. (18, 5).

6) Vgl. L. 7 §. 6, L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14), L 58 D. eod. (desinere debere.) Weitere Belegstellen folgen gelegentlich.

7) Dass in dem Fall, von welchem der Jurist in §. 1 handelt, Auflösung durch nuda conventio, also dem eigentlich normalen Fall, die Construktion keine andere ist, versteht sich ganz von selbst.

mit ist jeder Schein, als handle es sich hier um einen Vorgang von besonderer materieller Beschaffenheit, ausgeschlossen; das pactum de non petendo kann in Beziehung auf jede Forderung vorkommen und ist immer Erlass; nicht Reurecht, Constatirung mangelnder Ernstlichkeit u. s. w.

Wohl aber ist

2) das Besondere dies, dass sich der Erlass auf eine obligatio oder, wie es in einer Stelle heisst, auf ein iudicium bonae fidei bezieht; er bedarf daher nicht zu seiner Geltendmachung der Exception; er wirkt in diesem Sinne ipso iure. Es ist also weder unhistorisch, noch „uncivilistisch", sondern passt nur nicht zur Leist'schen Theorie, wenn die römischen Juristen (nicht blos Aristo) die bona fides herbeiziehen.

So sagt Ulpian in L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14).

> Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emtione.

Es bedarf nicht der Vorschützung einer Exception; vielmehr hebt das Paktum, als dem Contrakte immanente und an der rechtlichen Kraft desselben theilnehmende zweiseitige Nachtragsbestimmung, denselben durch sein bloses Dasein auf.

In ganz verwandtem Sinne unterscheidet Paulus in L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) das pactum de non petendo gegenüber einer Stipulation, wodurch lediglich eine exceptio erzeugt werde, die durch Replication aus einem späteren Paktum eludirt werden könne, von dem zweiseitigen pactum innerhalb des bonae fidei iudicium, das ähnlich wie das Paktum gegenüber der Injurie schlechthin aufhebend wirkt[1]).

> Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, veluti iniuriarum, non poterit postea paciscendo ut agere possit agere, quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est.
> —— Idem dicimus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, velut

1) Auch die Injurie wird dadurch nicht ungeschehen gemacht, sondern verziehen.

emti, non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficit pactum ad novum contractum [1]).

Wenn also Aristo [2]) — übrigens in einer andern Beziehung — die hier massgebende bona fides geltend macht, so steht er keineswegs isolirt [3]).

3) Die bona fides tritt aber auch noch in einer andern Richtung hervor. Sie postulirt, dass der Erlassvertrag — re adhuc integra — zweiseitig wirke. Eine blos formale Nothwendigkeit besteht hiefür offenbar nicht; der Kaufcontract kann nicht einseitig entstehen, wohl aber kann die eine Seite erlöschen und die andere gleichwohl fortbestehen.

Insbesondere ist kein Zweifel, dass, nachdem auf der einen Seite erfüllt ist, der Erlass der andern Seite eintreten kann [4]).

Dass aber re integra durch Erlass nur der eine Theil soll befreit werden können, erscheint dem entwickelten Recht als Widerspruch gegen die den Kauf beherrschende bona fides. Es ist auch einleuchtend, dass die gegentheilige Möglichkeit einfach zu simulirten Kaufverträgen missbraucht werden könnte; das Erforderniss der anfänglichen Zweiseitigkeit wäre so gut wie werthlos, wenn dasselbe sofort durch Nachtrag zu beseitigen wäre. In dieser Beziehung wird die bona fides namentlich in L. 7 D. de resc. vend. angerufen, von welcher Stelle schon oben (S. 206) die Rede gewesen ist [5]).

Dieses Postulat der bona fides führt gerade auch dazu, den einseitig formulirten Erlassvertrag gleichwohl als zweiseitigen zu interpretiren. Dies geschieht bezüglich des in Gestalt der Acceptilation vollzogenen Erlasses. Hier ergibt sich ein doppeltes Bedenken.

a) Die Acceptilation erfordert eine verborum obligatio.

1) So auch schon Julian L. 3 D. de resc. vend. (18, 5): ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt.

2) L. 58 D. de pact. (2, 14).

3) Mit dem Gesagten steht es im engsten Zusammenhang, dass sich der Bürge nur exceptionsweise auf den contrarius consensus berufen kann. L 3 D. cit. Unbestimmter L. 95 §. 12 D. de solut. (46, 3).

4) Dieser einseitige Erlass, der auch durch letztwillige Anordnung erfolgen kann (L 39 §. 2, L. 84 §. 5 D. de leg. I), hat in diesem Zusammenhang kein weiteres Interesse.

5) Ueber die entgegengesetzte Ansicht des Aristo vgl. oben S. 204.

Darüber setzte man sich offenbar schon frühzeitig hinweg; da es sich nicht um ein obligatorisches, sondern um ein liberatorisches Geschäft handelt, so konnte man den in ungeschickter Form erklärten Willen, der ja gar keiner Form bedarf, aufrechterhalten:

> acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.

Dies hatte bereits Labeo anerkannt [1]. Voraussetzung ist dabei freilich, dass zwischen der empirischen Absicht der Acceptilation und derjenigen des Erlasses kein wesentlicher Unterschied besteht. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung wird gerade durch die vorliegenden Entscheidungen bestätigt [2].

b) Die Acceptilation ist einseitig. Hält man sie aber als formlosen Erlass aufrecht, so ist der nächste Schritt, sie nach den Anforderungen der bona fides als gegenseitigen Erlass (als conventio in diesem Sinne) zu interpretiren. Auch diesen Satz kennt bereits Julian. Ebenso wird er von Paulus in L. ult. D. de accept. (46, 4) erörtert.

Hat Labeo die entgegengesetzte Ansicht gehabt [3], so wäre damit bewiesen, dass Aristo in der Zulassung des einseitigen Erlasses nicht allein gestanden ist.

Genauer ist noch festzustellen, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Interpretation eintritt. Es fragt sich, ob dieselbe durch entgegengesetzte Verabredung (also durch bewusste und ausdrückliche Festsetzung der einseitigen Wirkung) ausgeschlossen werden kann [4]. Nach den vorliegenden Quellenstellen glaube ich diese Frage verneinen

1) L. ult. D. de accept. (46, 4); vgl. L. 19 D. eod.; L. 27 §. 9 D. de pact. (2, 14); L. 47 D. de O. et A. (44, 7); von der Pfordten, Abhandlungen S. 235; Erman, zur Geschichte der römischen Quittungen S. 54.

2) Vgl. L. 8 pr. D. de accept. (46, 4), wo die Ungiltigkeit lediglich aus dem allenfallsigen Mangel der Ernstlichkeit der empirischen Absicht abgeleitet wird. Oben S. 35.

3) Ganz sicher lässt sich dies nicht behaupten; der Eingang der Stelle: si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum, kann sich im Sinne des Labeo auch auf nicht synallagmatische zweiseitige Obligationen beziehen (Mandat, Tutel u. s. w.), für die er seine Richtigkeit hat. Das „imo“ des Paulus beweist in dieser Beziehung nicht viel.

4) Bejahend Leist a. a. O. S. 22.

zu müssen. Der einseitige Erlass, mag er ausgesprochen sein in welcher Form immer, ermangelt, als ein Verstoss gegen die bona fides, der rechtlichen Sanktion. Allein dabei bleiben wir auch stehen; wir sind nicht berechtigt eine Vergewaltigung der Absicht vorauszusetzen. Der ausdrücklich oder einseitig gewollte Erlass ist also wirkungslos; der Vertrag besteht nach beiden Seiten fort [1].

4) Das Postulat der bona fides geht aber noch weiter: durch den Erlassvertrag soll auch die rechtliche Beziehung der beiden Contrahenten zu einander nicht in einer dem einen Theile nachtheiligen Weise verschoben und beziehungsweise abgeschwächt werden. Die hieraus sich ergebenden Consequenzen sind schon in anderem Zusammenhang besprochen worden.

a) Der vom Unmündigen ohne Mitwirkung des Tutors abgeschlossene Erlassvertrag, welcher die Degeneration des Geschäfts zu einem negotium claudicans zur Folge hätte, ist nach beiden Seiten hin ungiltig. Oben S. 203.

b) Schliesst der Hausvater einen Erlassvertrag bezüglich des vom Sohne contrahirten Kaufes ab, so kommt derselbe auch diesem selbst zu Gute (oben S. 265)[2].

c) Auch der vom einen Contrahenten erzwungene Erlassvertrag wirkt zweiseitig; der gezwungene Theil ist durch die actio quod metus causa geschützt. (Oben S. 311).

§. 246.

Die objective Voraussetzung des zweiseitigen Erlassvertrages ist die, dass etwas weiteres als der Vertragsschluss selbst nicht vorliegt (res integra) [3]. Diese Voraussetzung fehlt

1) im Falle der Erfüllung von Seiten des einen Theils,

2) im Falle der einseitigen Befreiung des Verkäufers durch zufälligen Untergang der Sache [4].

1) Daher ist auch für eine einseitige Renovation des Vertrags kein Raum. L. 1 D. de resc. vend.

2) Vgl. noch L. 21 § 2 D. de pact. (2, 14).

3) Bezüglich der Arrha vgl. oben S. 416.

4) Hieran schliessen sich natürlich die andern Fälle einseitiger Befreiung durch Zufall an. Für die vorliegenden Zwecke genügt die Hervorhebung des im Texte angegebenen Falles.

In diesen Fällen kann also nur von einseitigem Erlasse der übrig bleibenden Forderung die Rede sein [1]).

Was insbesondere die Erfüllung anlangt, so ist es natürlich gleichgiltig, ob dieselbe von Seiten des Käufers [2]) oder des Verkäufers erfolgt ist [3]).

Nur ist dabei zu bemerken, dass

1) die blose Besitzübergabe auch hier nicht als Vollzug erscheint; der Verkäufer hat die Eigenthumsklage, und die exceptio rei venditae et traditae wird gerade durch den Erlassvertrag zerstört [4]).

2) Ebenso schliesst der Vollzug durch obligatorische (novatorische) Geschäfte den contrarius consensus nicht aus; derselbe erzeugt eine Einrede gegen die actio ex stipulatu [5]).

Aber auch wo eine weitergehende Erfüllung vorliegt, gelangen wir zunächst nur zu dem Satze, dass der contrarius consensus keine Klage auf Rückleistung erzeugt und dass die Klage aus dem Hauptvertrag, die eben gerade durch den contrarius consensus erloschen ist, auch nicht noch in dieser Richtung angestellt werden kann [6]). Sofern dagegen die Rückleistung freiwillig eintritt, steht der Wirksamkeit des Vertrages nichts im Wege. Dies ist

1) Im zweiten Falle können nebensächliche Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer übrig bleiben, gerade wie im Falle der Erfüllung in der Hauptsache; auch darauf kann sich der Erlass beziehen; aber es ist doch ein anderer Fall als der Erlass re integra, L. 5 §. 2 D. de resc. vend. (18, 5).

2) L. 2 D. de resc. (18, 5); L. 2 C. quando liceat. (4, 45); Theilzahlung.

3) L. 3, L. 5 §. 1, L. 8 D. eod.; §. 4 I. quib. mod. (3, 29), wo das neque — neque natürlich nicht im copulativen, sondern nur im disjunktiven Sinne zu verstehen ist.

4) Vgl. insbesondere die L. 52 D. de pact. (2, 14), die offenbar Rechtsübertragung voraussetzt. In §. 4 I. cit und L. 1 C. cit ist also unter der Tradition die Eigenthumsübertragung zu verstehen.

5) L. 3 D. cit Dass hier Novation vorliegt, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber nach dem Zusammenhang doch wohl ohne Weiteres anzunehmen.

6) Hierin liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem selbständigen Aufhebungsvertrag und den resolutiven Nebenverträgen. Vgl. den folgenden Abschnitt.

I. zunächst zu betrachten unter der Voraussetzung einseitiger Erfüllung. Hievon handelt Neratius (lib. III Membr.) L. 58 D. de pactis (2, 14):

Ab emtione venditione, locatione conductione caeterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum qui inter se obligati sint, recedi possit dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea quae me ex emto praestare tibi oporteret praestitissem et quum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea praestitisses, pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quidquam interest, utrum integris omnibus in quae obligati essemus conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his quae ego tibi praestitissem consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares.

Die Construction des Aristo ist an und für sich sehr einfach: er nimmt einen einseitigen bedingten Erlassvertrag an; die Rückgabe der gemachten Leistung ist in condicione, nicht in obligatione. Auch diese Verabredung nimmt an der das Geschäft beherrschenden bona fides Theil und wirkt daher, ohne dass es einer exceptio pacti oder doli bedarf [1]).

Wie Leist (S. 23) behaupten kann, dass der Versuch des Aristo, aus dem leicht verschwimmenden und dehnbaren Begriff der bona fides den Satz vom contrarius consensus über die Gränze der res (non) secuta hinaus zu erstrecken, bei den Römern keinen Anklang gefunden habe, ist schwer zu begreifen.

Indem Neratius fortfährt:

illud plane conventione quae pertinet ad restituendum id quod actum est perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris,

befindet er sich damit ja gerade im vollsten Einklang mit Aristo, der nicht mit dem Begriff des klagbaren Versprechens, sondern mit dem der Bedingung operirt.

1) Vgl. L. 1 C. quando liceat ab emt. (4, 45). Hier ist venditio im Sinne von vollzogenem Verkauf, d. h. von Veräusserung, verstanden.

Soll dagegen eine Verbindlichkeit zur Rückleistung entstehen, so fragt es sich, ob die nach römischem Rechte erforderlichen Voraussetzungen einer neuen Obligation vorhanden sind; regelmässig wird dazu die Form der Stipulation erforderlich sein:

> quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur.

Für das heutige Recht ist die Sache offenbar einfacher. Wir brauchen nicht erst nach einer besondern Grundlage für die novae quaedam obligationes zu suchen; der Erlassvertrag als solcher kann auch obligatorisch wirken, soferne zur Durchführung desselben irgend welche Leistung von Seiten des einen oder anderen Theiles erforderlich ist. Demnach gestaltet sich das Verhältniss wie folgt:

1) Bei vorliegender einseitiger Erfüllung (oder einseitiger Befreiung), kann der Erlass als einseitiger beabsichtigt sein. Diesen Fall verfolgen wir nicht weiter.

2) Es kann eine zweiseitige Rückgängigmachung beabsichtigt sein, so dass

a) die Rückgabe der erhaltenen Leistung die Bedingung des Erlasses ist, der also auch hier formell einseitig gestaltet ist, oder so, dass

b) dem Erlasse des einen Theils die Verpflichtung des andern gegenübersteht, die empfangene Leistung zurückzugeben. Wir haben dann ein synallagmatisches Verhältniss, zusammengesetzt aus Erlass und Verpflichtung [1]).

II. Ist von beiden Seiten erfüllt, so kann von Erlassvertrag weder im römischen noch im heutigen Recht die Rede sein. Es liegt ganz ohne alle Rücksicht auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung ein neuer Kaufvertrag in entgegengesetzter Richtung vor [2]). Ob mit demselben die weitergehende Verabredung verbunden ist, dass allenfalls noch übrig gebliebene Ansprüche aus dem alten Vertrag (Garantieansprüche u.s.w.) abgethan sein sollen, ist lediglich quaestio

1) Von unmittelbaren dinglichen Wirkungen ist dabei keine Rede.

2) Daher ist dieser Vertrag abhängig von der Existenz der Sache, der Eigenthumsübergang von der Bezahlung des Kaufpreises u. s. w. arg. L. 9 D de resc. vend. (18, 5).

facti, keineswegs tritt diese Wirkung mit innerer Nothwendigkeit ein [1]).

§. 247.

Durch nachträgliche Verabredung kann der Kauf nicht blos aufgehoben, sondern auch in seinem Inhalte abgeändert werden. Dieser modificirende contrarius consensus ist noch genauer ins Auge zu fassen.

I. Man kann sich den hier stattfindenden Vorgang ganz allgemein so zurecht legen, dass der ursprüngliche Vertrag aufgehoben und zugleich ein neuer Vertrag mit modificirtem Inhalte abgeschlossen wird [2]). Die Formlosigkeit sowohl des obligatorischen als des liberatorischen Vertrages lässt diese Construktion durchaus zu.

In der That scheint Pomponius diese Ansicht gehabt zu haben.

Ulpianus L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14).

Si igitur in totum potest (abiri ab emtione), cur non et pars eius pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit; quod quum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta eadem ratione; nam si potest tota res

1) Die L. 10 pr. quibus modis pign. (20, 6) behandelt den Fall, wenn der Verpfänder mit Zustimmung des Pfandgläubigers die Sache verkauft und dann den Kauf rückgängig macht. Hier soll das Pfandrecht wieder aufleben. Es muss ohne Weiteres zugegeben werden, dass hier an einen — mindestens einseitig vollzogenen Kauf zu denken ist. Aber das Wiederaufleben des Pfandrechts beruht nicht darauf, dass das Eigenthum mit dinglicher und rückwirkender Kraft zurückfällt, sondern es handelt sich um eine durch die pfandrechtliche bona fides postulirte Billigkeit; es liegt ein Vertrauensmissbrauch des Verpfänders vor. Paulus operirt daher mit der Annahme eines beschränkten (bedingten) Consensus. Vgl. L. 8 §. 7 D. eod. „redemerit bona fide". L. 11 C. de remiss. (8, 26). — Man kann also aus jener Stelle nicht einen Unterschied zwischen (nachträglicher) vertragsmässiger Rückgängigmachung und selbständigem Rückkauf ableiten (Glück Bd. 17 S. 18). Wo soll auch die Gränze sein?

2) Abschluss eines neuen Vertrags liegt insbesondere auch vor, wenn der Aufhebungsvertrag selbst wieder aufgehoben wird. L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14): non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.

tolli, cur non et reformari, ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur; quod non insubtiliter dici potest. Unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius libris Lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emtione, quasi repetita partis emtione[1].

II. Indessen ist diese Construktion keineswegs immer nöthig. Eine Modification ist vielmehr auch bei fortdauernder Identität des Geschäfts möglich, und zwar in folgenden Fällen.

1) Wenn der Käufer mehrere Erben hinterlassen hat und der Verkäufer mit einem derselben einen aufhebenden Vertrag abschliesst, so dauert der Vertrag in der Person des andern ohne Weiteres fort; das Gegentheil hätte die Nothwendigkeit zur Folge, den zweiten Erben zuzuziehen. Gerade für diesen Fall modificirt Ulpian die Ansicht des Pomponius, indem er fortfährt:

Sed quum duo heredes emtori extiterunt, venditor cum altero pactus est ut ab emtione recederetur, ait Julianus valere pactionem et dissolvi pro parte emtionem, quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque itaque recte placet, et quod Julianus et quod Pomponius[2].

2) Wenn die alternative Bestimmung des Kaufobjects in eine einfache verwandelt wird; unbeschadet der Identität des Geschäfts kann dieser Erfolg ja auch durch Zufall eintreten.

L. 4 D. de resc. vend. (18, 5):

Libro VIII. Digestorum Juliani Paulus notat:

Si emtio contracta sit togae puta aut lancis et pactus sit venditor ne alterutrius emtio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine duntaxat.

Aus der Inskription sowie aus dem vorsichtigen Ausdruck des Paulus möchte man schliessen, dass Julian die entgegengesetzte Ansicht vertreten habe; allein aus L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14) ergibt sich doch wohl das Gegentheil.

3) Ebenso bleibt die Identität gewahrt, wenn Nebenleistungen (bedungene oder gesetzliche) nachträglich erlassen

1) Sehr praecis ist diese ganze Erörterung nicht gefasst.

2) Hier tritt gerade auch die Auffassung des contrarius consensus als pactum de non p besonders scharf hervor.

werden; wenigstens war dies die einstimmige Ansicht der späteren Juristen. Solcher Erlass kann daher auch selbst wieder rückgängig gemacht und damit der ursprüngliche Inhalt des Geschäfts wieder hergestellt werden.

So fährt Paulus in der schon oben theilweise angeführten L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14) in folgender Weise fort:

> Quod si non ut totum contractum tolleret pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare [1]) priorem contractum

und ebenso sagt Papinian in der L. 72 pr. D. h. t.

> Pacta conventa quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur; quae vero adiiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his quae adminicula sunt emtionis, veluti ne cautio duplae praestetur; sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore.

4) Es bleibt noch übrig die vertragsmässige Minderung des Kaufobjects ohne Aenderung des Preises; z. B. dem Verkäufer werden nachträglich gewisse Stücke aus dem verkauften Collektivum vorbehalten; der Flächeninhalt des verkauften Grundstücks wird herabgesetzt u. s. w. Eine ausdrückliche Entscheidung ist mir nicht bekannt; da aber für das Kaufobject das Erforderniss des certum nicht in dem nämlichen Sinne gilt, wie für den Preis, so bezweifle ich nicht die Fortdauer des ursprünglichen Contrakts. Dafür spricht auch immerhin das argumentum a contrario in L. 72 pr. D. h. t., sowie die Analogie des in L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14) von Julian entschiedenen Falles [3]).

III. Weiter aber ergeben sich Fälle, wo die Modification als solche unzulässig ist, so dass nur die Wahl zwischen der Construktion des Pomponius einerseits oder der Ungiltigkeit der nachträglichen Verabredung andererseits be-

1) Dies Wort wird hier ersichtlich in einem andern Sinn gebraucht als von Pomponius in L. 7 §. 6 D. eod. und in L. 1 D. de resc. vend. (18, 5). Hier handelt es sich um Abschluss eines neuen, dort um Wiederherstellung eines gewissen Inhalts des fortdauernden Vertrags.

2) Vgl. noch Paul. S. I,1§. 2; L. 8 C. de pact. inter emt. (4, 54); L. 6 §. 2 D. h. t., wo unter condicio natürlich nicht „Bedingung“ im technischen Sinn zu verstehen ist.

steht. Die Entscheidung ist zu Gunsten der ersteren Alternative ausgefallen. Hieher gehört

1) selbstverständlich die Verabredung, durch welche ein anderes Kaufobject bestimmt wird[1];

2) ferner der Fall, wenn an Stelle des bedingten ein unbedingter Vertrag gesetzt wird[2];

3) desgleichen der Fall, wenn nachträglich Nebenleistungen bedungen werden; denn nachträgliche pacta können zwar die ursprüngliche Verbindlichkeit mindern, aber nicht steigern. Die Annahme der fortdauernden Identität würde nur dazu führen, dass dem Contrahenten, zu dessen Gunsten die Verabredung erfolgt, eine Einrede (Retention) verschafft wird; bei dieser Auffassung bleibt Papinian in L. 72 D. cit. stehen; die weitergehende Ansicht, wie sie Ulpian in L. 7 §. 6 vorträgt, nimmt Abschluss eines neuen Vertrags an, so dass das Paktum auch ex parte agentis locum habet[3].

4) Veränderung des Kaufpreises. Von der Erhöhung ist dies selbstverständlich, es gilt aber nach unzweifelhafter Entscheidung auch von der Herabsetzung des Preises[4]. So lehrt bereits Pomponius in L. 2 D. de resc. vend. (18, 5):

> Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emtione;

und die oben theilweise angeführte L. 72 pr. D. h. t. von Papinian fährt fort:

1) Liegt daher zuerst ein Lieferungsgeschäft (reiner Genuskauf) vor und es wird dann über eine Species derselben Gattung als Kaufobject ausdrücklich oder stillschweigend contrahirt, so ist dies ein neuer Vertrag, der zugleich die Bestimmung hat, den alten aufzuheben.

2) Von L. 7 pr. D. de resc. vend. (18, 5) wird sogleich weiter die Rede sein.

3) Man braucht dabei nicht einen Widerspruch zwischen Papinian und Ulpian anzunehmen; diese Annahme wäre um so unwahrscheinlicher, als Ulpian eine ältere Ansicht vertritt und als auch Papinian gleich im Folgenden mit der Construktion des neugeschlossenen Vertrages operirt. Sondern Papinian hat einen speciellen Fall im Auge (Stellung eines Bürgen für die cautio duplae), in welchem der Käufer ein Interesse an der Klagbarkeit regelmässig nicht hat.

4) Sofern nicht auch sie blos ope exceptionis wirken sollte. L. 72 pr. D. h. t.

an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emtionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus[1]) de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emtio intercessisse videtur.

Diese Entscheidung ist eine Consequenz des Erfordernisses des pretium certum. Nicht der Preis überhaupt, sondern der von Anfang bestimmte Preis bildet die substantia emtionis; anderer Preis, anderer Kauf.

§. 248.

Eine solche Renovation oder Reformation des Kaufes wird bei dem heutigen Stande der Wissenschaft Niemand mit der Novation verwechseln. Gleichwohl ergibt sich ein Berührungspunkt: es entsteht die Frage, in welchem juristischen Zusammenhang der alte und der neue Vertrag zu einander stehen.

I. Die Annahme eines neuen Vertrages ist in den meisten Fällen lediglich ein Mittel der juristischen Construktion. Die empirische Absicht ist eine einfache, gerichtet auf Abänderungen innerhalb des bestehenden Geschäfts; die Rechtsordnung, welche diese Absicht direkt nicht zu sanktioniren vermag, zerlegt sie in zwei Absichten, von denen jede die rechtliche Sanktion zulässt.

Nothwendig ist daher zwischen den beiden Wirkungen, der aufhebenden und der neugestaltenden, ein juristischer Causalzusammenhang vorhanden; die Entstehung des neuen Vertrags ist bedingt durch die Aufhebung des alten. Deshalb entsteht der erstere nicht, wenn der in Bezug genommene alte nicht oder nicht mehr existirt[2]); umgekehrt tritt die Aufhebung nicht ein, wenn der neue Vertrag nicht wirksam ist. Eine Anwendung hievon ist uns schon oben begegnet; der vom Pupillen ohne Vormund abgeschlossene Erlassvertrag wirkt

1) „Wenn auch sonst Alles beim Alten bleibt."

2) Deshalb wird auch wiederholt das Erforderniss der res integra aufgestellt. L. 6 §. 2, L. 72 pr. D. h. t., L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14). Ist daher die Sache durch Zufall untergegangen, ohne dass die Parteien es wissen, so liegt keine Renovation, also auch keine Aufhebung vor.

auch nicht als Renovation; an die Stelle des einen vollwirksamen Vertrags würden sonst zwei unvollkommene Verträge treten [1]).

Eine weitere Consequenz bietet die L. 7 pr. D. de resc. vend. (18, 5) dar.

Si id quod pure emi, sub condicione rursus emam, nihil agitur posteriore emtione.

Der alte Vertrag ist nur bedingungsweise aufgehoben, daher bleibt alles beim Alten.

Daraus ergibt sich ein Doppeltes:

1) Der praktische Unterschied zwischen Renovation und Modification ist gleich Null, soweit die Existenz der Sache in Betracht kommt; insofern handelt es sich in der That blos um einen Unterschied der juristischen Construktion [2]). In anderen Beziehungen dagegen tritt auch ein erheblicher praktischer Gegensatz hervor [3]).

2) Für das heutige Recht hat jene Construktion keine Bedeutung mehr, insoferne bei uns die nachträglichen Bestimmungen auch an der Klagbarkeit des Hauptgeschäfts Theil nehmen.

II. Ein neuer Vertrag kann daher bei uns nur angenommen werden, wenn ein wesentlicher Bestandtheil des Contrakts geändert wird; hier ist auch die empirische Absicht zusammengesetzt; sie geht auf Aufhebung und Neubegründung. Indessen wird hier

1) die nachträgliche Aenderung des Kaufpreises auszuscheiden sein.

Besteht für uns der Begriff des pretium certum im specifisch römischen Sinne nicht mehr, kann der Preis durch zukünftige Merkmale bestimmt werden, so muss auch die Herabsetzung innerhalb des identischen Vertrages möglich sein. Für die Erhöhung ist dies um so unbedenklicher, als diese ja

1) Auch Erneuerung ab una parte ist nicht möglich, weil Aufheben ab una parte nicht möglich ist. L. 1 D. de resc. vend. (18, 5).

2) Dies zeigt sich namentlich dann, wenn die Sache ohne Wissen der Contrahenten untergegangen ist. Die neue Verabredung gilt nicht, mag sie als Renovation oder als Modification construirt werden.

3) z. B in Beziehung auf das Wissen von den Mängeln der Sache, auf Verpflichtungsfähigkeit u. s. w.

selbst schon nach römischem Rechte bedingungsweise festgestellt sein konnte [1]).

2) Dagegen besteht auch für uns ein neuer Vertrag bei Aenderung des Kaufobjects [2]) und

3) bei der Abschliessung eines unbedingten Vertrages statt des bedingten [3]).

4) Was den umgekehrten Fall anlangt, so ist im Zweifel das Causalitätsverhältniss als gewollt anzunehmen. Aber es ist auch eine andere Absicht denkbar. Es ist möglich, dass die Aufhebung des alten Vertrags nur das einfache Motiv für die Eingehung des neuen Vertrages ist; dann liegen zwei Geschäfte vor, von denen jedes seine eigenen rechtlichen Wege geht. Für diesen Fall ist die Entscheidung der L. 7 pr. D. cit. unzutreffend [4]).

1) Wollte man bei Preisänderung einen neuen Vertrag annehmen, so wäre die Consequenz, dass da, wo Vertragssteuern bestehen, die Steuer aus dem Preise des zweiten Vertrags nochmals bezahlt werden müsste, sowohl bei der Herabsetzung als bei der Erhöhung. Selbst ein sehr fiscalischer Beamter wird zu dieser Auffassung nicht leicht gelangen.

2) Nicht bei der Aenderung am Kaufobjekt!

3) Dass ein neuer Vertrag vorliegt, wenn an Stelle des Kaufs ein alternatives Geschäft tritt, das als Kauf verlaufen kann, bedarf keiner Hervorhebung.

4) Ein Beamter kauft in der Stadt X ein Haus in der sicheren Erwartung, dorthin versetzt zu werden. Diese Erwartung wird später unsicher; der Verkäufer lässt sich bereit finden, den Kaufvertrag in einen bedingten umzuwandeln: falls binnen 3 Monaten die Versetzung erfolgt. — Die im Vorhergehenden erörterten Punkte werden in der Regel nicht ausführlicher besprochen. Einigermassen eingehend, aber vielfach unrichtig ist Sintenis Civilrecht Bd. II §. 106 bei und in Anm. 71 und 72.

Zweiter Abschnitt.

Aufhebende Nebenverträge.

§. 249.

Die Rückgängigmachung des Kaufes kann beim Vertragsschlusse selbst als Nebenverabredung festgesetzt sein. Der ohne Weiteres in die Augen fallende Unterschied solcher Festsetzung gegenüber dem im vorigen Abschnitt besprochenen contrarius consensus liegt darin, dass die erstere nothwendig bedingt ist, der letztere dagegen sowohl unbedingt als bedingt vorkommen kann [1].

Einigen sich die Parteien über eine solche aufhebende Nebenbestimmung, so stellen sie sich einen in seiner Existenz ungewissen Fall vor, der, wenn er schon jetzt gewiss wäre, sie abhalten würde, den Vertrag abzuschliessen. Zugleich aber stellen sie sich das Eintreten dieses Falls als die weniger wahrscheinliche Eventualität vor. Statt daher ein bedingtes Geschäft einzugehen, errichten sie einen sofort vollziehbaren Contrakt, dem gegenüber jenem zurückhaltenden Motiv, falls es sich verwirklicht, nur eine aufhebende, rückgängig machende Wirkung beigelegt wird. Psychologisch beruht der Unterschied zwischen der (suspensiven) Bedingung und der Resolutivberedung in der grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, welche die Contrahenten der Verwirklichung des verneinenden Motivs beilegen. Je mehr diese Wahrscheinlichkeit überwiegt oder der entgegengesetzten auch nur das Gleichgewicht hält, desto eher werden sie sich damit begnügen, den Contrakt als bedingten abzuschliessen und damit zunächst nur die Möglichkeit des Vollzugs zu sichern; je geringer jene Wahrscheinlichkeit, desto leichter entschliessen sie sich zum sofortigen Vollzug, auf die Gefahr hin, dass sich derselbe nachträglich als zwecklos darstellt.

In der sofortigen Vollziehbarkeit des Geschäfts liegt dem-

1) Im vorigen Abschnitt ist der contrarius consensus nur als unbedingtes Geschäft besprochen worden; das Verhältniss des bedingten c. c. zu den resolutiven Nebenverabredungen ist in diesem Abschnitt zu erörtern.

nach ein weiteres charakteristisches Merkmal der resolutiven Nebenverabredung und ein unterscheidendes Merkmal gegenüber dem von Anfang an beigefügten bedingten contrarius consensus. Dieser setzt ein noch nicht vollzogenes Geschäft voraus; wird er daher in continenti beigefügt, so schliesst er die Vollziehbarkeit selbst aus. Mit andern Worten, der sofort beigefügte bedingte contrarius consensus ist gar nichts anderes als suspensiver Geschäftsabschluss; die Form des Ausdrucks ist dabei ganz gleichgiltig [1]).

Nun lässt freilich, wie wir im vorigen Abschnitt gesehen haben, das heutige Recht einen contrarius consensus auch dem einseitig vollzogenen Geschäfte gegenüber zu, und auch dieser kann als (suspensiv) bedingter vorkommen. Andererseits ist die Wirksamkeit der resolutiven Nebenverabredungen im heutigen Rechte nicht davon abhängig, dass sie dem Hauptvertrag in continenti beigefügt werden.

Gerade also die mangelnde Klagbarkeit ist für uns kein unterscheidendes Merkmal mehr. Um so mehr tritt dagegen nun die folgende Eigenthümlichkeit hervor.

Auch jener contrarius consensus nämlich, der einem bereits einseitig erfüllten Geschäft gegenüber abgeschlossen wird, hat, sobald die Bedingung eintritt, eine unmittelbar aufhebende Wirkung, indem er gleichzeitig und in synallagmatischem Verhältnisse Befreiung und Pflicht der Rückerstattung erzeugt. Die nachträgliche resolutive Nebenverabredung dagegen bringt nur einen einseitigen Anspruch auf Rückgängigmachung zum Dasein; unmittelbar wird der Be-

1) Offenbar irrig wäre es, das Charakteristische der resolvirenden Bestimmung in der negativen Fassung (nisi) zu erblicken. Es genügt ein Blick in die Quellen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, dass nisi so gut wie si der Ausdruck der suspensiven Bedingung ist; vgl. z. B. L. 1 D. de in diem add. (18, 2); ebenso wenig ist etwa ein Unterschied zwischen nisi und si non in dieser Beziehung zu ermitteln. Auch die L. 44 §. 2 D. de o. et a. (44, 7) kann nach meiner Ueberzeugung nicht von einer s. g. resolutiven, sondern nur von einer nachgeschleppten suspensiven Bedingung verstanden werden, vgl. auch L. 8 §. 1 D. de peric. (18, 6). — Die Ansicht, dass die Resolutivbedingung nichts anderes sei, als ein in continenti beigefügter bedingter contrarius consensus, ist (in Beziehung auf die Consensualverträge) neuerdings aufgestellt worden von Czhylarz zur Lehre von den Resolutivbedingungen S. 31 fg. Dagegen Wendt Reurecht Bd. II S. 42 fg.

stand des Vertrages durch den Eintritt der Bedingung gar nicht ergriffen.

Hierin liegt nun aber auch schon nach römischem Recht das Besondere des sofort beigefügten Resolutivvertrags. Er ist eine Verabredung, aus welcher dem einen Theil ein bedingtes Recht und folglich dem andern eine bedingte Pflicht entsteht. Keineswegs aber fällt mit dem Eintritte der Bedingung das Geschäft ohne Weiteres zusammen; auch nicht einmal in dem Sinne, dass jeder Theil, der erfüllt hat, die Rückleistung beanspruchen, und jeder Theil, der noch nicht erfüllt hat, sich auf den Eintritt der Bedingung berufen könnte. Die Entscheidung steht grundsätzlich [1]) nur dem einen Theile zu: erfolgt sie im Sinne der Aufhebung, so wirkt diese nunmehr vermöge der den Kauf beherrschenden bona fides regelmässig, keineswegs aber unbedingt [2]), auch zu Gunsten des andern Theils.

Diese principiell einseitige Gestaltung des Rücktritts ist nicht schon daraus zu erklären, dass die Beifügung solcher Nebenbestimmungen regelmässig im einseitigen Interesse des einen Contrahenten ist. Dies gilt gerade so auch von den Bedingungen, und doch wirken dieselben ohne Weiteres nach beiden Seiten. Der entscheidende Grund liegt vielmehr gerade in der Vollziehbarkeit. Die Rückgängigmachung des Vollzugs kann unter Umständen eben der Partei, in deren Interesse der Vorbehalt gemacht wurde, mehr Nachtheil als Vortheil bereiten; es bleibt also ihrem Entschlusse die Entscheidung zwischen beiden Eventualitäten vorbehalten; der Gegner, der sich seinerseits zur Eingehung eines vollziehbaren Geschäfts bereit gefunden hat, würde einen ungerechtfertigten Vortheil erlangen, wenn er die Rückgängigmachung aus einer Ursache beanspruchen könnte, die doch nur im Interesse des andern Theils vorbehalten worden ist. Der durch die Vollziehbarkeit und beziehungsweise den Vollzug geschaffene Rechtszustand soll nur geändert werden auf Verlangen des

1) Und vorbehaltlich entgegenstehender Verabredung, die aber nach der Natur der Sache gar nicht bei allen Resolutivverträgen denkbar ist. L. 9 D. de in diem add. (18, 2).

2) Eine Ausnahme besteht bezüglich der lex commissoria.

Theils, in dessen Interesse die Zulässigkeit solcher Aenderung festgesetzt wurde [1]).

Demnach ist also die rechtliche Construktion dieser resolutiven Vorbehalte im Allgemeinen folgende:

1) Der eine Theil unterwirft sich vertragsmässig für einen gewissen Fall dem Willen des anderen Theiles, das Geschäft rückgängig zu machen.

2) Dieser Nebenvertrag schliesst die Erfüllbarkeit des Hauptgeschäfts nicht aus; weder kann der Gegner die Erfüllung verweigern, noch verzichtet der Berechtigte dadurch allein, dass er Erfüllung verlangt, auf sein Rücktrittsrecht [2]).

3) Auch ist die Erfüllung weder rechtlich noch thatsächlich anders beschaffen, als da, wo der resolutive Vorbehalt fehlt [3]). Es muss in dieser Beziehung von einer Unklarheit gewarnt werden. Man bezeichnet wohl den Vollzug als ein „Provisorium". Diese Bezeichnung ist ganz unverfänglich, ja sogar zutreffend, wenn damit nur die neben dem Vollzug hergehende rechtliche Möglichkeit ausgedrückt werden soll, dass derselbe irgendwie wieder beseitigt werden kann. Nicht aber kann damit eine gewisse, der Vollzugshandlung selbst inhaerirende Eigenschaft ausgesagt werden; der Vollzug ist in der Zwischenzeit kein anderer, als er auch ohne jene Möglichkeit wäre, er ist kein Provisorium im Sinne eines Surrogats; und ob der Vollzug gegebenen Falls seine Wirkung mit dinglicher Kraft verliert, das ist eine Frage, die sich gar nicht a priori, auch nicht durch die Bezeichnung als Provisorium entscheiden lässt [4]).

4) Der Berechtigte hat gegebenen Falls nicht etwa einen Anspruch auf Abschliessung eines liberatorischen Vertrags; die Nebenverabredung ist kein Vorvertrag; insoferne ist

1) L. 2 D. de leg. commiss (18, 3) — nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemtum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.

2) Wohl aber kann das Verlangen der Erfüllung in Verbindung mit andern Umständen solchen Verzicht zum Ausdruck bringen.

3) Etwas anderes ist es, dass der Vorbehalt gerade eine aus andern Gründen mangelhafte Erfüllung voraussetzen kann, wie dies bei der lex commissoria der Fall ist.

4) Das „Provisorische" betont namentlich Brinz Pandekten S. 1475 fg. (1. Aufl.)

es richtig, dass die Verwirklichung des Vorbehalts von einer Mitwirkung des Gegners unabhängig ist, oder dass der Vorbehalt nicht nothwendig verpflichtend wirkt. Der Berechtigte hat auf Grund des Vorbehalts ein einseitiges, bedingtes Rücktrittsrecht; dieses Recht macht er

5) bei noch nicht erfülltem Vertrag geltend durch Weigerung der Erfüllung; die Pflicht des Gegners stellt sich hier als Duldung dar, wodurch zugleich die Befreiung von der eigenen Verbindlichkeit, beziehungsweise der Anspruch auf Rückgabe der eigenen Leistung hervorgerufen wird [1].

6) Hat dagegen der Rücktrittsberechtigte erfüllt, so macht er sein Recht geltend mittelst eines Anspruches auf Rückgabe; insoferne ist also allerdings auch eine Verpflichtung des Gegners zu positiver Leistung, zur Mitwirkung bei der Rückgängigmachung gegeben [2].

An der Richtigkeit dieser Construktion könnte folgender Umstand irre machen. In L. 2 D. de leg. commiss. (18, 3) stellt Pomponius die Sache so dar, als wenn vielmehr der Wille des Theiles, in dessen Interesse der Vorbehalt gemacht ist, ein Moment im Thatbestand der Erfüllung der Bedingung wäre:

> Quum venditor fundi in lege ita caverit „si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit", ita accipitur inemtus esse fundus, si venditor inemtum eum esse velit.

Diese Auffassung scheint doch wieder auf den bedingten contrarius consensus zurückzuführen, nur dass die Bedingung keine casuelle ist, sondern als gemischte ausgelegt wird [3]. Allein dieser Auffassung des Pomponius steht auch in den

1) Die befreiende Wirkung tritt immer ein, der Anspruch auf Rückgabe der gemachten Leistung regelmässig, aber nicht immer.

2) Die verschiedenen Gesichtspunkte werden hier nicht immer mit nöthiger Schärfe auseinandergehalten. Der Gegner ist nicht verpflichtet, zur Herbeiführung der Rückgängigmachung als solcher mitzuwirken, sonst läge bloser Vorvertrag vor; wohl aber kann er verpflichtet sein zur Durchführung der Rückgängigmachung, selbst dann, wenn daneben unmittelbarer Rückfall des Eigenthums an den Berechtigten stattfindet. Vgl. Windscheid §. 90 A. 6; Scheurl, Beiträge Bd. II S. 232; Brinz S. 1494; Savigny System Bd. III S. 157 Note l.

3) Scheurl a. a. O. Bd. II S. 110 fg. fasst den zu dem objectiven Thatbestand der Erfüllung der Bedingung hinzutretenden Willen als condicio iuris auf: soll damit etwas anders gesagt sein, als dass es sich

Quellen die andere, dass der Wille vielmehr über die Ausübung eines einseitigen Rechts entscheidet, sehr entschieden gegenüber, so in der gleich folgenden Stelle des Ulpian,

L. 3 D. eod. — nam legem commissoriam, quae in venditionibus adiicitur, si velit venditor exercebit, non etiam invitus,

womit auch die L. 9 D. de in diem add. (18, 2) und die L. 6 pr. D. de leg. comm. (18, 3) zu vergleichen ist. Es ist auch wohl zu erkennen, wie Pomponius zu seiner Ansicht gelangt ist. Den römischen Juristen lagen jene Vorbehalte meist vor in der Formulirung als Bedingungen, sei es, dass die Bedingung in der negativen Fassung mit nisi der rechtsgeschäftlichen Erklärung einfach angefügt wurde, wie z. B. in L. 1 D. de in diem add. (18, 2), sei es, dass das Gegentheil der getroffenen Bestimmung in einem selbständigen Satze ausgesprochen wurde, wie in L 7 D. de leg. commiss. (18, 3). In beiden Fällen war es zunächst eine Frage der Interpretation, ob eine (suspensive) Bedingung oder ein resolutiver Vorbehalt gemeint sei[1], und für diese Interpretation lag nichts näher, als zu der objektiven Fassung der Bedingung das subjective Moment zu ergänzen. Gleichwohl führt diese ergänzende Interpretation weiter zu einer ganz verschiedenen Construktion, und diese Entwicklung ist allerdings von Pomponius nicht genügend hervorgehoben worden.

Die resolutiven Vorbehalte steigern — ganz im Gegensatz zu den Bedingungen, die rechtliche Macht des einen Contrahenten; nicht der Abschluss, wohl aber die fortdauernde Wirksamkeit des Geschäfts ist seinem Ermessen anheimgestellt. Er

um den Willen, ein Recht auszuüben handle, so ist mir diese Auffassung nicht durchsichtig.

1) L. 2 pr. D. de in diem. add. (18, 2) und namentlich L. 2 §. 3, 4, 5 D. pro emt. (41, 4). Gerade aus diesen letzteren Stellen ergibt sich, dass schon im älteren Rechte die Formulirung nicht wesentlich verschieden war; sonst hätten namentlich nicht manche Juristen die addictio in diem ohne Weiteres als (suspensive) Bedingung auffassen können. — Vgl. Brinz a. a. O. S. 1470.

hat die rechtliche Macht, gegen den Vollzug des Geschäfts zu reagiren und damit den Erfolg herbeizuführen, wie wenn dasselbe nicht abgeschlossen worden wäre. Nach ihren Voraussetzungen aber kann diese Freiheit sehr manchfach abgestuft sein; sie kann sich

1) als reine Willkür darstellen. So ist das pactum displicentiae beschaffen, welches das resolutive Gegenstück des suspensiv bedingten Kaufs auf Probe ist.

Sie kann sich aber

2) auch nur darstellen als Reaktion gegen einen bestimmten Nachtheil, der dem Rücktrittsberechtigten aus dem Geschäfte entsteht. Dahin gehört die addictio in diem, die lex commissoria, der Rücktritt bei hervortretenden Mängeln der Sache. Meist ist denn auch in diesen Fällen die Verwirklichung des Vorbehaltes nur möglich auf Grund eines besonderen Verhaltens des Gegners (lex commissoria), oder es ist diesem die Möglichkeit gewährt, das Geschäft gleichwohl aufrecht zu erhalten (addictio in diem).

Insoferne nun diese Vorbehalte immer zu Gunsten des einen Theiles sind, und insofern der Entschluss, eine frühere Handlung rückgängig zu machen, im Allgemeinen als Reue bezeichnet wird, kann man von „Reuverträgen“ sprechen. Aber man muss sich vor der Vorstellung hüten, als ob mit dieser wesentlich ethischen Bezeichnung irgend etwas Greifbares über die rechtliche Beschaffenheit und Wirksamkeit gesagt wäre. Weder ist die Ermöglichung der „Reue“ der unmittelbare Zweck; in den meisten Fällen ist dieselbe nur ein Mittel zur Abwendung von ganz bestimmten Nachtheilen[1]), noch lassen sich aus jenem Charakter irgendwelche Consequenzen in Beziehung auf die rechtliche Beschaffenheit der Reaktion ableiten, welche dem Berechtigten gegen das abgeschlossene und vollzogene Geschäft zusteht[2]). Indem der Begriff des „Reuvertrags“ sofort die Versuchung erweckt, nicht nur das Verschie-

1) Es dienen daher auch keineswegs alle diese Vorbehalte dem Zwecke der Speculation.

2) Was an den Ausführungen von Wendt (a. a. O. S. 5 fgg., 53 fgg.) bezüglich der hier in Betracht kommenden Verhältnisse richtig ist — und ich stehe nicht an, sie in vielen Beziehungen als sehr förderlich anzuerkennen, ist auch ohne den Begriff des Reuvertrages zu gewinnen.

denartigste darunter zu subsumiren, sondern auch gemeinsame juristische Grundsätze daraus abzuleiten, vermag ich in demselben keine Bereicherung unserer Wissenschaft zu erblicken.

Es lässt sich nicht verkennen, dass der mit einer aufhebenden Nebenverabredung abgeschlossene Vertrag eine gewisse Verwandtschaft mit dem anfechtbaren Vertrag hat, insoferne der Wille des einen Theils [1]) nicht über den Abschluss, wohl aber über die Wirksamkeit des Geschäfts entscheidet [2]).

Der nächstliegende Unterschied ist der, dass die Rückgängigmachung auf Vertrag beruht, die Anfechtbarkeit dagegen eine Reaktion ist, welche die Rechtsordnung selbst gegen einen Mangel des Geschäfts dem einen Contrahenten gewährt.

Dagegen ist das Gemeinschaftliche, dass dem einen Theil gegenüber einer gewissen Eventualität eine besondere Freiheit gewahrt ist, die an und für sich durch den Contrakt ausgeschlossen ist. Diese Verwandtschaft zwischen den beiden Verhältnissen ergibt sich schon daraus, dass der nämliche Umstand bald durch Vertrag, bald durch gesetzliche Bestimmung zu solcher rechtlichen Relevanz gelangen kann. Nach gemeinem Rechte beruht das Recht des Verkäufers, wegen Verzugs des Gegners zurückzutreten, auf Vertrag; andere Rechtsordnungen verleihen dem Verkäufer oder wohl auch beiden Contrahenten dieses Recht auch ohne Verabredung.

Zugleich aber tritt gemeinrechtlich der Unterschied hervor, dass sich die Anfechtbarkeit nicht nothwendig in Gestalt des Rücktritts verwirklicht; sie kann auch zu blosen Entschädigungsansprüchen führen. Nur ausnahmsweise ist sie auf das

1) Von der Anfechtung, die einem Dritten zusteht (actio Pauliana, Recht des benachtheiligten Patronus, L. 1 §. 12, 13 D. si quid in fraudem, 38, 5) kann hier abgesehen werden.

2) Theilweise abweichend Wendt a. a. O. S. 15 fg., der den Gegensatz ohne Zweifel übertreibt. Auch die Anfechtbarkeit beruht auf der Vorstellung, dass in einem gewissen Fall der Vertrag nicht geschlossen worden wäre; nur dass dies keine Vorstellung der Contrahenten, sondern der Rechtsordnung ist; auch die Anfechtbarkeit gewährt dem Berechtigten die Möglichkeit des „Speculirens“ in dem Sinne, dass er entscheidet, ob ihm der Vertrag, wie er liegt, vortheilhafter ist oder der Rücktritt von demselben.

Mittel des Rücktritts beschränkt (laesio enormis), hier aber besteht für den Gegner die Möglichkeit, den Vertrag aufrecht zu erhalten [1]).

§. 250.

Die hier in Betracht kommenden Nebenverabredungen können, gerade weil sie den Vollzug nicht ausschliessen, der Klagbarkeit nicht entbehren. Dieselbe wird ihnen dadurch zu Theil, dass sie an der Kraft des Hauptvertrages Theil nehmen; gegebenen Falls wird die Rückgängigmachung des Vollzugs mittelst der Contraktsklage durchgesetzt. Diese Behandlung macht formell keine Schwierigkeit, sobald man daran festhält, dass der Rücktritt nicht den Vertrag mit rückwirkender Kraft vernichtet, als wenn er niemals geschlossen worden wäre [2]). Vielmehr bleibt der subjective Thatbestand, der Vertragsschluss als rechtlich relevanter Vorgang auch hier bestehen; nur gerade gegen den objectiven Thatbestand, den Vollzug, ist die Nebenverabredung gerichtet. Wie kraft des Vertrages vollzogen wird, so erfolgt kraft des Vertrages auch die Rückforderung der Leistung [3]). Die Zuständigkeit der Contraktsklage ist daher

1) für das pactum displicentiae schon von Sabinus anerkannt:

Paulus lib. II ad Ed.

L. 6 D. de resc. vend. (18, 5). Si convenit ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum datur [4]).

2) Es liegt ferner, zunächst im Anschluss an die lex commissoria, eine ganz allgemeine Erörterung von Pomponius (lib. IX ad Sab.) vor.

L. 6 §. 1 D. h. t.

Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret et ut si interim emtor fundum coluerit fructusque ex eo

1) Vgl. auch L. 1 §. 12 D. si quid in fraudem patr. (38, 5).

2) Vgl. dagegen z. B. Brinz a. a. O. S. 1493.

3) Vgl. L. 11 §. 6 D. de a. e. v. (19, 1) utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam, ait (Julianus), emtionem. L. 6 C. de a. e. (4, 49).

4) Ueber diese letztere Klage vgl. unten §. 258.

perceperit, inemto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret; ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emtis enim et venditis potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est; et quum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse ne venditor emtori pecunia ad diem non soluta obligatus esset[1]), non ut omnis obligatio emti et venditi utrique solveretur.

Gerade diese Schlussworte enthalten eine unzweideutige Verneinung der Ansicht, als ob die resolutive Verabredung — selbst wenn sie in Form einer die Sache selbst ergreifenden Bestimmung (fundus inemtus esto) geschlossen ist, — den Vertrag mit rückwirkender Kraft vernichte, wie wenn er niemals geschlossen worden wäre.

Endlich

3) beruft sich Ulpian noch besonders, was die addictio in diem und die lex commissoria anlangt, auf kaiserliche Reskripte.

Diese obligatorische Wirkung des Rücktritts kann in der Construktion des Verhältnisses niemals entbehrt werden; es gibt Leistungen, die gar nicht anders als mittelst einer persönlichen Klage rückgängig gemacht werden können; Geldleistungen[2]) u. s. w.

1) „fernerhin verpflichtet bleibe".

2) Es kann noch die Frage entstehen, ob nicht mit der Contraktsklage auch die Condiktion concurrirt, welche Klage ja unzweifelhaft da anwendbar ist, wo der Zweck einer einseitigen datio vermöge besonderer Verabredung widerrufen wird (sofort vollzogene Schenkung auf den Todesfall; analog Eigenthumsübertragung zum Zwecke künftiger Mitgift). Allein in unserm Falle handelt es sich, soweit die Sache in Betracht kommt, um synallagmatische Erfüllung, und dieser Charakter kann weder, unbeschadet der Leistung selbst, in suspenso bleiben, noch mit einem gewissen Zeitpunkt aufhören; diese Constructionen sind immer nur bei einseitiger Zuwendung denkbar. Der Kaufpreis kann auch einseitig geleistet werden, aber er wird nicht geleistet ob causam futuram, sondern ob causam praeteritam (oder praesentem), und da nun auch der Contrakt als rechtlich relevantes Verhältniss durch den Rücktritt nicht ungeschehen gemacht wird, so ist auch die condictio indebiti ausgeschlossen. Es ist also in der That die condictio (anders wie

Eine ganz andere Frage ist die, ob die Rechtsordnung bei dieser obligatorischen Wirkung stehen bleibt, oder ob sie unter Umständen auch eine gesteigerte dingliche Wirkung (unmittelbaren Rückfall des Eigenthums) eintreten lässt[1]). Diese Frage ist schlechterdings nur eine Frage des positiven Rechts, und möglicher Weise ist sie für die einzelnen Nebenbestimmungen, je nach der besonderen Beschaffenheit ihres Inhalts und Zwecks verschieden geregelt. Indem wir daher auf die folgende Specialuntersuchung verweisen, sollen hier nur einige allgemeine Gesichtspunkte hervorgehoben werden.

I. Man kann die dingliche Wirkung nicht unmittelbar aus einer besonderen Beschaffenheit des rechtsgeschäftlichen Willens selbst ableiten. Resolutiv*bedingungen*[2]) im Sinne der älteren Theorie gibt es nicht. Entweder die Bedingung schliesst den Vollzug aus, dann ist sie suspensiv, ohne Rücksicht auf ihre Formulirung; oder das Geschäft ist als vollziehbares geschlossen, dann ist es insofern *nicht* bedingt. Jeder Vollzug ist eine Thatsache; bedingte Thatsachen gibt es nicht; und kein Wille kann bestimmen, dass das Geschehende gegebenen Falles nicht geschehen sein solle.

Es gibt resolutive Verabredungen, aber keine Resolutivbedingungen.

bei der Arrha) hier ausgeschlossen. Vgl. *Czyhlarz* a. a. O. S. 96 fgg. — Gar nicht hieher gehört L. 5 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1).

1) Nur darf man auch hier nicht von Rückfall *ipso iure* sprechen, sofern man damit das Erforderniss des Willens des Berechtigten läugnen will.

2) Ueber den Stand der Frage vgl. *Windscheid* §. 90 A. 1. Ich verweise hier im Wesentlichen auf die Ausführungen von *Czyhlarz* a. a. O. S. 23 fgg. Die Darstellung von *Karlowa* Rechtsgeschäft S. 92 f. vermag ich nicht als Förderung dieser Lehre anzuerkennen. — Wenn man sich übrigens auf den Sprachgebrauch emtio *resolvitur*, fundus inemtus esto bezieht (*Brinz* a. a. O. S. 1493), so ist zu beachten, dass a) beide Ausdrücke auch in Beziehung auf die ädilitische Redhibition vorkommen, vgl. z. B. L. 23 §. 1, L. 60 D. de aed. ed. (21, 1), und dass b) *Ulpian* gerade in Anwendung auf die lex commissoria auch von *finita* est emtio spricht (L. 4 pr. D. de leg. commiss. 18, 3) sowie in Anwendung auf die addictio in diem von *discedere* L. 2 pr. D. de in diem add. (18, 2). Vgl. ferner *recedere* L. 4 §. 5 D. eod.; *abire* L. 14 §. 2 D. eod.; *revenire* L. 5 D. (18, 3); L. 21 §. 4 D. quod met. c. (4, 2). Auch die weitere Behauptung von *Brinz* (S. 1492), dass

Nur ist man in der berechtigten Polemik gegen diesen falschen Begriff[1]) über das Ziel hinausgegangen; weil sich der dingliche Rückfall nicht aus der Resolutivbedingung als solcher ableiten lässt, hat man ihn ganz geläugnet.

II. Ebensowenig kann man die dingliche Wirkung aus der s. g. legum dictio erklären. Die Möglichkeit, der Sache allerlei Bestimmungen und Beschränkungen mit auf den Weg zu geben, die in selbständiger Gestalt gar nicht geschaffen werden könnten, z. B. Servituten ohne Rücksicht auf Vicinität und Utilität, hat im römischen Rechte niemals bestanden; so ist auch die hier in Betracht kommende Bestimmung die zeitliche Beschränkung und der dingliche Rückfall des Eigenthums als specifische Wirkung der legum dictio nicht nachweisbar; handelt es sich dabei doch auch in erster Linie um modificirende Zusätze des Contrakts, nicht des Vollzugs[2]). Aber

III. auch der in verschiedenen Formulirungen wiederkehrende Satz, dass die Auflösung zunächst mit vernichtender Kraft den Contrakt ergreife, dadurch aber auch dem Vollzuge die rechtliche Basis entziehe, ist unhaltbar. Denn der Vertrag wird gar nicht in dieser Weise, wie durch einen darüber gehenden Schwamm vernichtet; es ist ein wesentlich anderer Fall, wie wenn sich nachträglich die Nichtigkeit desselben herausstellt. Auch wenn der Vertrag widerrufen wird, bleibt es dabei, dass ein giltiger Vertrag vollzogen worden ist. Die Parteien können statt des Vollzugs ein wirkliches Provisorium

man an der für den Effekt der eintretenden Bedingung hergebrachten Formel inemtus esto nichts ändern wollte, ist unrichtig; jedenfalls ist diese Formel einer sehr freien Interpretation unterzogen worden. L. 7 D. de leg. commiss. (18, 3); und dieselbe Formel hat man als condicio und als conventio aufgefasst (s. oben S. 492.)

1) Die Quelle dieses Fehlers ist der ohne allen Anhalt in den Quellen, ja im Widerspruch zu denselben (L. 2 D. pro emtore) geschaffene Ausdruck „Resolutivbedingung". Wie die Suspensivbedingung eine besonders qualificirte Willenserklärung ist, so hat man geglaubt, dass auch das, was man Resolutivbedingung nennt, eine besonders qualificirte, irgendwie mit Pendenz ausgestattete Willenserklärung sein müsse.

2) Vgl. L. 7 §. 1 D. h. t., L. 8 D. de leg commiss. (18, 3), L. 2 §. 3 D. pro emt. (41, 4). Auf die legum dictio führt bekanntlich Ihering (Jahrb. Bd. 10 S. 542 fgg., 569 fgg.) den dinglichen Rückfall zurück. Ebenso Leist (oben S. 389 A. 1). — Vgl. Bd. I S. 278; Pernice in der Zeitschrift der Sav. Stift. Bd. 5 S. 98.

eintreten lassen (Prekarium u. s. w.); vollziehen sie normal, so kann dieser Vollzug seine Basis, die ja doch nur in einem bestimmten Momente vorhanden sein musste, nicht nachträglich verlieren. Auch der dingliche Rückfall wirkt, wie sich zeigen wird, nicht so, als ob der Erwerber niemals Eigenthümer gewesen wäre [1]).

IV. Ebensowenig aber lässt sich die dingliche Wirkung a priori bestreiten und als unmöglich darstellen. Es ist nur so viel zu behaupten, dass sie nach dem System des römischen Rechts nicht selbstverständlich ist; wir haben keine allgemeine Regel, welche die auf Sachen bezüglichen Verträge mit unmittelbarer dinglicher Wirkung ausstattet. Aber damit ist nicht gesagt, dass diese Wirkung in specieller Anwendung unmöglich ist. Namentlich lässt sich diese Unmöglichkeit nicht daraus ableiten, dass Eigenthum unter Lebenden nur durch Besitzerwerb übertragen werde. Diese Regel gilt vom selbständigen Erwerb; dass sie auch für unsern Fall gelten müsse, ist lediglich eine petitio principii. Auch der Rückfall des gegen die Verabredung behandelten Sklaven in den oben dargestellten Fällen erfolgte ohne mancipatio oder in iure cessio [2]) und der Verfall des Pfandes in das Eigenthum des Pfandgläubigers vollzog sich schon zu Cato's Zeiten auf Grund der blosen Verabredung und ohne Tradition [3]).

Nicht minder unhaltbar ist der Satz, dass Eigenthum nicht auf Zeit übertragen werden könne. Damit hat es seine vollkommene Richtigkeit, soferne die Sache mit dem Eintritt des Endtermins herrenlos werden sollte; solche Beschränkung hat für den Uebertragenden kein Interesse; sie hat aber auch gar keinen Sinn, weil der letzte Eigenthümer die Sache ja doch immer wieder als erster Occupant an sich ziehen könnte. Wohl aber kann Eigenthum in der Weise auf Zeit übertragen wer-

1) Vgl. Vangerow Pand. Bd. I S. 96, S. 151; Brinz S. 1470, 1402.

2) Wohl ist hier Besitzergreifung nöthig. Aber diese ist, als einseitige und eigenmächtige, doch kein Surrogat der Tradition; sie stellt sich als gesteigerte Befugniss des Rückerwerbenden dar; er kann sich die Sache auch thatsächlich selbst verschaffen. In andern Fällen ist zu solcher Selbsthilfe kein Bedürfniss, wir bleiben beim Rückfall des Rechts stehen und verweisen den Berechtigten im Uebrigen auf die rei vindicatio.

3) Vgl. Wendt a. a. O. S. 153.

den, dass zugleich das fernere Schicksal der Sache geregelt wird. Zwar ist auch diese Uebertragung auf Zeit kein allgemein zugängliches Geschäft[1]; es kommt aber vermöge besonderer rechtlicher Sanktion allerdings vor. In dieser Beziehung genügt es, an das befristete dingliche Vermächtniss zu erinnern. Und wenn dieses Verhältniss theilweise erst von Justinian endgiltig geregelt worden ist[2], so bietet auch das ältere Recht mehrfache Beispiele dar. Einmal kann auch hier wieder an den Rückfall des Sklaven kraft der manus iniectio erinnert werden; positiv ausgedrückt ist hier Eigenthumsübertragung auf unbestimmte Zeit vorhanden (S. 388 fgg.). Sodann aber möchte ich auf die noch viel älteren Usureceptionen verweisen.

Sehe ich dabei von der für uns wenig durchsichtigen usureceptio ex praediatura ab, so handelt es sich in den andern Fällen — fiducia cum amico und cum creditore contracta — einfach darum, dass der Rückerwerb der anvertrauten Sache sich auf unmittelbar dinglichem Weg vollzieht; die usureceptio ist auch ohne Zweifel älter als die actio fiduciae directa. Wohl erfolgt der Rückfall hier auf Grundlage der Ersitzung; darin liegt die Berücksichtigung der Interessen des Fiduciars; insofern ist die usureceptio auch das Surrogat der actio fiduciae contraria. Das für uns Wesentliche, der dingliche Rück-

1) Die einzige Stelle, welche die Unzulässigkeit der Eigenthumsübertragung auf Zeit scheinbar allgemein ausspricht, ist meines Wissens der §. 283 der frag. Vat. Dort ist durch Reskript der Fall entschieden, wenn Jemand schenkt mit der Bestimmung, die geschenkte Sache solle beim Tode des Beschenkten an ihn zurückfallen. Das Reskript zieht die Consequenz, dass die Schenkung ungiltig ist, während doch vielmehr nur die Unmöglichkeit des dinglichen Rückfalls abgeleitet werden könnte. In Wirklichkeit entscheiden also die Kaiser vielmehr, dass die Schenkung auf Zeit unzulässig ist. Wie wenig mit dem allgemeinen Satze gedient ist, beweist der Umstand, dass Ulpian gerade für die sofort vollzogene m. c. donatio den dinglichen Rückfall anerkennt; L. 29 D. de m. c. d. (39, 6). Mag auch die Schenkung in unserem Fall keine reine m. c. donatio sein (weil die Widerruflichkeit bei Lebzeiten fehlt), so ist dieselbe doch nächst verwandt; warum das, was hier möglich ist, dort unmöglich sein sollte, ist schwer einzusehen. Vgl. über diese Stelle auch Ihering in seinen Jahrb. Bd 10 S. 577 A. 231. Für das justinianische Recht hat dieselbe durch die Umgestaltung, welche sie in L. 2 C. de donat. quae sub modo (8, 55) erfahren hat, alle Bedeutung verloren.

2) L. 3 §. 2, 3 C. commun. de leg. (6, 42), L. 26 C. de leg. (6, 37).

fall an Stelle der obligatorischen Rückgabe, ist auch hier vorhanden. (Bd I S. 290.)

In der That lässt sich ja doch auch zwischen dem Eigenthumserwerb mit der obligatorischen Verpflichtung der dereinstigen Rückgabe und dem Erwerb mit dinglichem Rückfall ein fundamentaler Unterschied gar nicht aufstellen. Auch im ersteren Falle liegt eine Beschränkung des Eigenthümers vor, und zwar eine solche, die das Eigenthum in seiner Person überdauert; er muss die Sache wieder herbeischaffen, wenn er sie weggegeben hat. Verleiht die Rechtsordnung dingliche Wirkung, so ist das lediglich eine Steigerung, über deren Zweckmässigkeit man ja immerhin sehr verschiedener Ansicht sein kann. Nicht anders verhält es sich auch mit der Beseitigung der vom Zwischeneigenthümer bestellten Servituten und Pfandrechte.

V. Am unhaltbarsten endlich ist die gleichwohl weit verbreitete Ansicht, dass es lediglich vom Parteiwillen abhänge, ob dingliche oder obligatorische Wirkung eintrete. Wohl kann die empirische Absicht verschiedene Wege einschlagen und dadurch, bewusst oder unbewusst, zu einer verschiedenen rechtlichen Sanktion gelangen. So steht ohne Zweifel dem Vorbehalte die (suspensive) Bedingung gegenüber. Auch kann die nämliche Absicht in der Weise doppelt sanktionirt sein, dass der Handelnde nachträglich die Wahl hat (z. B. bei der datio in solutum). Aber dass die identische empirische Absicht von Anfang an die Wahl zwischen dieser und jener Sanktion in sich tragen müsste und könnte, diese Möglichkeit scheint mir schon an dem Umstande zu scheitern, dass für solche Wahl alle und jede Anhaltspunkte fehlen würden[1]; nicht einmal das Bewusstsein von der Möglichkeit derselben wäre ja abgesehen von Ausnahmefällen vorhanden. Nach unserer ganzen Auffassung vom Rechtsgeschäft müssen wir diese Meinung aber auch grundsätzlich verwerfen. In der Erörterung über das pactum displicentiae wird auf einige besondere Punkte noch zurückzukommen sein.

Indem wir also die Frage, ob gegebenen Falls dinglicher

1) Vgl. Windscheid §. 90 A. 3. Dass namentlich die gebrauchten Ausdrücke nicht entscheidend sind, ist jetzt ziemlich allgemein anerkannt; für die deutsche Sprache vollends und den heutigen Verkehr würde dieses Kriterium schlechthin unzureichend sein.

Rückfall eintritt oder nicht, a priori weder bejahen noch verneinen [1]), wenden wir uns der Erörterung der einzelnen in den Quellen genauer ausgebildeten Resolutivberedungen zu [2]).

§. 251.

Die in diem addictio [3]) ist ohne Zweifel eine Nebenbestimmung von hohem Alter. Schon bei Plautus [4]) kommt sie vor, wesentlich in der nämlichen Formulirung, die uns in den späteren Quellen entgegentritt. Zu beachten ist, dass sowohl die Nebenbestimmung, als auch das unter derselben abgeschlossene Geschäft den Namen „in diem addictio", Verkauf oder Zuschlag auf Zeit führt [5]).

Es ist leicht einzusehen, dass dieses Geschäft die nächste

1) Keine entscheidende Bedeutung kann für diese Frage der L. 67 §. 3 D. de furtis (47, 2) beigemessen werden. Die griechischen Scholiasten beziehen die Stelle auf das pactum displicentiae. Sollte sie aber auch auf alle Fälle des resolutiven Vorbehalts sich erstrecken, so würde immerhin der Ausdruck redderetur nicht gepresst werden dürfen: die Stelle würde nur beweisen, dass in allen diesen Fällen der Käufer in der Zwischenzeit Eigenthümer ist, nicht aber auch, dass in allen Fällen die Rückgängigmachung nur auf obligatorischem Wege vor sich geht. (Vgl. L. 19 D. de usurp. 41, 3). Vgl. über diese Stelle Schulin über Resolutivbedingungen S. 105. Ebensowenig kann der L. 38 §. 2 D. ad leg. Falc. (35, 2) eine allgemeine Bedeutung beigelegt werden. Es mag ganz dahin gestellt bleiben, ob sich dieselbe ursprünglich auf die lex Fufia Caninia bezogen hat; bei ihrer ganz unbestimmten Fassung kann sie auch auf ein suspensiv bedingtes Geschäft oder auf einen resolutiv bestimmten aber nicht vollzogenen Kauf bezogen werden. Vgl. Schulin a. a. O. S. 146; Sell, bedingte Tradition S. 193—197.

2) Nicht in diesen Zusammenhang gehört die manus iniectio beim Sklavenverkauf, die gleichwohl Wendt ohne Weiteres als Fall der lex commissoria auffasst (oben S. 389). Allein von einer Rückgängigmachung des Kaufs ist hier gar keine Rede; es handelt sich vom Standpunkt des wortbrüchigen Käufers um eine Strafe. Die lex commissoria hat zwar auch nicht immer eine vollständige Rückgängigmachung zur Folge, aber ihre Construktion ist gleichwohl wesentlich verschieden.

3) Vgl. Glück Bd. 16 S. 240—270; Sintenis Bd. II §. 101; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II S. 428 fgg.

4) Captivi I, 2, 76 fgg., wo auch das Wortspiel zu beachten ist.

5) Vgl. Bd. I S. 43; Brinz Pand. (2. Aufl.) Bd. I S. 592.

Verwandtschaft mit der Auktion hat [1]). Der Vorgang ist äusserlich verschieden; es fehlt die Einheit des Orts und der Zeit; aber die Tendenz, dem Verkäufer auch einem bereits abgeschlossenen Vertrag gegenüber das höchstmögliche Gebot zu sichern, ist hier wie dort gleichmässig vorhanden.

Diese Tendenz kann erreicht werden mittelst einer Suspensivbedingung, sei es, dass dieselbe in negativer Fassung der affirmativen Willenserklärung beigefügt wird [2]), sei es, dass der entgegengesetzte Fall unter affirmativer Bedingung selbst negativ bestimmt wird [3]). Ohne Zweifel ist diese bedingte Construktion des Verhältnisses die ältere; noch zu Julian's Zeiten blieben manche Juristen einfach bei derselben stehen [4]). Scheint Julian derselben schlechthin abgeneigt gewesen zu sein, so hat Ulpian die vermittelnde Ansicht ausgesprochen, dass die Parteiabsicht entscheidend in's Gewicht falle [5]).

L. 2 D. cit. Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit, nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emtio, quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior condicio offeratur, erit emtio condicionalis [6]).

Dabei ist noch hervorzuheben, dass die (suspensive) Bedingung einen doppelten Inhalt haben kann; nämlich entwe-

1) Vgl. L 11 pr. D. de in diem add. (18, 2) „alia licitatio". L. 6 §. 1 D. eod., L. 50 D. de j. f. (49, 14). Schulin a. a. O. S. 163.

2) So bei Plautus l. c.

Emtum nisi quis meliorem adferet, quae mihi atque amicis placeat condicio magis;

und ebenso in L. 1 D. cit. (Paul. lib. V ad Sab.) In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat." L. 2 pr. D. eod., L. 2 §. 4 D. pro emt (41, 4).

3) Si melior condicio allata fuerit, fundus inemtus esto; vgl. L. 4 §. 3 D. eod. Die erstere Formulirung scheint überwogen zu haben. L. 13 pr. D. de in diem add. (18, 2).

4) L. 2 §. 4 D. pro emt. (41, 4). (S. 492).

5) Abweichend Brinz erste Aufl. S. 1472.

6) Vgl. L. 4 §. 5 D. eod.: „Quum igitur tunc recedatur ab emtione ubi pure contrahitur vel tunc non impleatur, ubi sub condicione fit. —

der die Thatsache, dass ein besseres Gebot gelegt wird — oder die Thatsache, dass der Verkäufer davon auch Gebrauch macht. Die letztere subjective Fassung der Bedingung findet sich schon bei Plautus, und nach Sabinus ist die Auslegung der Bedingung in diesem Sinne selbstverständlich [1]); möglich ist aber auch die ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung.

Im Uebrigen besteht keine Veranlassung, die bedingte Gestaltung des Geschäfts hier weiter zu verfolgen; es genügt hervorzuheben, dass nach allgemeinen Grundsätzen der Verkäufer die Gefahr der Zwischenzeit trägt.

Der Bedingung gegenüber steht der Vorbehalt, die conventio, das Rücktrittsrecht [2]). Beide unterscheiden sich nicht nothwendig durch die Formulirung; dies ergibt sich mit Nothwendigkeit aus den schon oben angeführten Stellen. Ein allgemeiner Interpretationsgrundsatz, wie er bezüglich der lex commissoria besteht [3]), ist hier nicht vorhanden; da aber der Vorbehalt dem Verkäufer günstiger ist als die Bedingung, so ist es im Zweifel seine Sache, die auf jene Gestaltung übereinstimmend gerichtete Absicht nachzuweisen [4]).

1) L. 9 D. cit. Sabinus scribit, licere venditori meliorem condicionem oblatam abiicere sequique primam quasi meliorem, et ita utimur. Ich bezweifle nicht, dass Sabinus hier das bedingte Geschäft im Auge hat, wenn auch zugegeben werden muss, dass Ulpian im folgenden Theil der Stelle auf den Vorbehalt übergeht. — Hiemit bringe ich auch die Schlussworte der L. 1 D. cit. in Zusammenhang. Ich kann mich nicht davon überzeugen, dass dieselben die dingliche Wirkung des Rücktritts ausgesprochen haben (so schon die ältere Ansicht, vgl. Glück a. a. O. S. 240 A. 3); das wäre doch ganz ohne Beispiel und ist auch sprachlich kaum möglich Sondern ich glaube, dass damit ein Moment im Thatbestand des nisi ausgesprochen sein soll; „eine bessere Bedingung, dergestalt, dass die Sache vom Eigenthümer weggeht, d. h. dass darauf hin der zweite Kauf geschlossen wird.“ Die Bezeichnung des Verkäufers als dominus hat in keinem Fall etwas auffallendes. Vgl. L. 11 pr. D. eod. — dum vel prima vel secunda vel tertia adiectione res a venditore discedat (Aeusserung von Julian!) L. 15 pr. D. eod. (Pomponius): melior condicio allata, quae domino placeat, intelligi non potest. — Wegen der herrschenden Interpretation der Schlussworte von L. 1 D. cit. vgl. z. B. Czyhlarz a. a. O. S 53.

2) Vgl. bereits Labeo in L. 14 §. 1 D. cit.

3) L. 1 D. de leg. commiss. (18, 3).

4) L. 21 D. h. t. Es ist zu beachten, dass in den Quellen Ent-

Im Einzelnen gestaltet sich dieser resolutive Vorbehalt in folgender Weise [1]).

I. Derselbe schliesst die Perfektion des Geschäfts nicht aus, daher geht die Gefahr nach allgemeinen Grundsätzen auf den Käufer über; ebenso wird derselbe durch Vollzug Eigenthümer und beziehungsweise Usucapionsbesitzer; das Eigenthum, das er erwirbt, ist dem Inhalte nach unbeschränkt, er wird daher auch Eigenthümer der Früchte und sonstigen Accessionen der Sache; er erwirbt die dinglichen, sowie diejenigen persönlichen Klagen, deren Voraussetzung das Eigenthum ist, und ist befugt zur Einräumung von Servituten und Pfandrechten [2]).

Natürlich treten diese Wirkungen nach allgemeinen Grundsätzen nur dann ein, wenn der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist. Die Behauptung aber, dass die Regelung des Kaufpreises durch die addictio in diem ausgeschlossen werde, ist völlig unerfindlich [3]) und wird gerade durch die eben angeführten Entscheidungen widerlegt [4]).

scheidungen, die sich auf den Thatbestand der Bedingung, und solche, die sich auf den Thatbestand des Vorbehalts gründen, ziemlich bunt durch einander vorkommen.

1) Im Folgenden werden nur die wesentlichen Punkte hervorgehoben.

2) L. 2 §. 1, L. 3, L. 4 §. 3, 4 D. de in diem add. (18, 2); L. 41 pr. D. de r. v. (6, 1); L. 3 D. quib. modis pignus (20, 6), L. 9 D. de aqua (39, 3); L. 11 §. 10, 12 D. quod vi aut clam (43, 24). Die Zuständigkeit des interdictum quod vi aut clam ist nichts besonderes; dasselbe steht auch dem interessirten Besitzer zu. L. 4 §. 4 D. cit. L. 11. §. 14 D. quod vi aut clam (43, 24).

3) Vgl. Engelmann, Rückfall des Eigenthums S. 22; theilweise auch Schulin a. a. O. S. 140 fg, 171, 179. Dagegen L. 20 D. cit. Selbstverständlich können die Parteien den vollziehbaren Vertrag gleichwohl unvollzogen lassen, so dass dem Käufer einstweilen der blose Besitz (Prekarium) überlassen wird. Von diesem Fall, nicht von einem bedingten Verhältnisse, handelt L. 11 § 12 D. quod vi aut clam (43, 24).

4) Um dieselben zu erklären, wird dann wohl angenommen, es handle sich in den betreffenden Quellenstellen blos um bonae fidei possessio. Dafür besteht in den Stellen selbst kein Anhaltspunkt; auch ist es nicht wahr, dass der Käufer, der ohne Zahlung oder Creditirung des Preises besitzt, die Rechte eines bonae fidei possessor hat; nur für die Publiciana besteht eine Ausnahme. Vgl. Engelmann a. a. O. S. 59 fg.; dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 65 A. 25.— Bd. I S. 582 fg

II. Das Rücktrittsrecht des Verkäufers hat eine Reihe von Voraussetzungen:

1) Es muss ihm bezüglich der nämlichen Sache[1]) ein besseres Gebot gelegt werden. Die Frage, welches Gebot besser ist, hat insoferne nur eine relative Bedeutung, als der Verkäufer jedes Gebot zurückweisen kann. Es handelt sich also nur darum, wie das Gebot beschaffen sein muss, damit sich der Verkäufer auf dasselbe mit Erfolg dem ersten Käufer gegenüber berufen könne? In dieser Beziehung ist zu bemerken:

a) Es muss eine giltige Kaufofferte vorliegen[2]). Weder kann der Verkäufer selbst dem Käufer eine Entschädigung (Abstandsgeld) bieten[3]); noch darf der Bietende eine persona supposita oder ein Gewaltuntergebener des Verkäufers, noch eine handlungsunfähige Person sein. Dagegen ist die Vollwirksamkeit des zweiten Kaufes nicht erforderlich; es genügt auch ein negotium claudicans[4]); ebenso ein anfechtbares Geschäft.

b) Das angebotene Geschäft muss seinem Inhalt nach für den Verkäufer vortheilhafter sein als der erste Kauf. Die Vergleichung beschränkt sich dabei nicht auf einen bestimmten Punkt, sondern erstreckt sich auf die beiden Geschäfte in ihrer Totalität; insbesondere ist nicht blos der höhere Kaufpreis massgebend, auch die günstigeren Modalitäten in Beziehung auf Zeit und Ort der Zahlung u. s. w. kommen in Betracht. Frei-

1) L. 4 §. 1 D. eod.; bei copulativen Kaufobjecten kann sich das bessere Gebot auch nur auf eines beziehen, eod. Ein anderer Fall ist in L. 17 D. eod. besprochen. — Untheilbarkeit des Kaufobjects, L. 11 §. 1. — L 13 D. eod.

2) Nicht auch Offerte zu einem anderen entgeltlichen Geschäft (Tausch).

3) Der Grund ist natürlich nicht der, wie man früher wohl angenommen hat (Glück Bd. 16 S. 260), dass der Verkäufer in Folge der Rückziehung seine eigene Sache kaufen würde; sondern die empirische Absicht ist in beiden Fällen eine ganz verschiedene. Etwas anderes ist es, dass einer von mehreren Mitverkäufern auf die ganze Sache bieten kann. L 11 §. 1 D. cit. Dies beruht auf Gründen der Zweckmässigkeit gegenüber der Untheilbarkeit (A. 1.)

4) L. 4 §. 5, L. 14 §. 3 D. de in diem add. (18, 2). Oben S. 187, 198.

lich können dieselben durch einen bedeutend geringeren Kaufpreis wieder aufgewogen werden [1]).

Hervorzuheben ist noch Folgendes:

Nicht in Betracht kommt natürlich der Vortheil, den die Rückgängigmachung des ersten Kaufes blos als solche gewähren würde (z. B. bezüglich der Früchte), quia non id agitur inter ementem et vendentem [2]).

Andererseits ist die Zahlungsfähigkeit des zweiten Käufers irrelevant — quia ea (venditio) melior intelligitur, quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere [3]).

Fraglich war, ob es als melior condicio angesehen werden könne, wenn der zweite Kauf selbst wieder mit dem nämlichen Vorbehalte abgeschlossen wird. Sehr mit Unrecht hat Sabinus diese Frage ganz allgemein verneint; es ist nicht einzusehen, warum sich der Verkäufer nicht auch besseren Bedingungen gegenüber die Möglichkeit soll offen halten können, noch bessere zu erlangen [4]).

2) Das bessere Gebot muss innerhalb der bestimmten Zeit gemacht werden. Die Zeitbestimmung ist, wie schon die Terminologie entnehmen lässt [5]), wesentlich, und zwar im Interesse des Käufers [6]). Auffallend ist es immerhin, dass das römische Recht hier nicht, wie beim pactum displicentiae, eine subsidiäre Vorschrift enthält; geben daher in Ermangelung ausdrücklicher Festsetzung die konkreten Umstände keinen

1) L 4 §. 6, L. 5, L. 15 §. 1 D. eod. Dass das Gebot sich blos auf das ursprüngliche Kaufobject bezieht, ist nicht nöthig; es kann auch Angebot zu einem Collektivkauf sein. L. 19 D. eod.

2) L. 14 § 5 D. cit.

3) L. 14 §. 1, 2 D. cit Der zweite Kauf ist sogar giltig, wenn der erste Käufer betrügerischer Weise einen zahlungsfähigen Bieter herbeischafft: quum alia venditio et vera postea subsecuta est; nur bleibt alsdann der erste Käufer ex emto verantwortlich.

4) L. 11 pr. D. cit Sabinus hat hier offenbar das bedingt construirte Geschäft im Auge (prioris emtoris statim fit); Julian scheint die andere Construktion im Auge zu haben; saepius fundus collocetur, wo dann unter discedere der definitive Erfolg zu verstehen ist.

5) Vgl. auch den Ausdruck in diem emere, L. 4 §. 4 D. cit.

6) Bei der suspensiven Construktion kommt auch das Interesse des Verkäufers in Betracht.

Anhaltspunkt, so müsste die Verabredung selbst als ungiltig erscheinen.

Mit dem Ablauf der Frist erlischt das Rücktrittsrecht und zwar auch dann, wenn während derselben Niemand vorhanden war, dem das bessere Gebot mit rechtlichem Erfolg hätte gemacht werden können [1].

3) Der Verkäufer, der das bessere Gebot überhaupt berücksichtigt, muss zunächst dem ersten Käufer Gelegenheit geben, dasselbe zu überbieten [2]. Juristisch gestaltet sich dieser Vorgang so, dass der Verkäufer dem ersten Käufer einen Kauf unter besseren als den gebotenen Bedingungen (beziehungsweise eine so beschaffene Modification des ersten Vertrages) anbietet und ihm die nähere Bestimmung des „Bessern" überlässt [3]. Es findet daher nicht erst noch eine Acceptation Seitens des Verkäufers statt, noch hat er die Wahl zwischen der ihm gemachten Offerte und der Antwort des ersten Käufers, sofern diese eine Ueberbietung enthält.

Die Offerte des Verkäufers an den ersten Käufer muss noch in die Frist fallen [4]; der Käufer selbst hat für seine Antwort keine Frist [5] zu beanspruchen.

Ueberbietet der erste Käufer den zweiten Offerenten, so ist beim suspensiv bedingten Geschäfte die Wirkung die, dass zwar die Bedingung des ersten Vertrags deficirt, zugleich aber

1) L. 5 D. cit Auch Pomponius hat hier wohl das bedingte Geschäft im Auge.

2) L. 6 §. 1, L. 7, 8 D. cit. Die weitverbreitete Ansicht (Glück a. a. O. S. 246, 259, Sintenis a. a. O. A. 11, Windscheid §. 323), der erste Käufer brauche nur die Bedingungen des zweiten Gebots anzunehmen, steht im offenbaren Widerspruch mit den angeführten Stellen; zweifelhaft ist höchstens L. 8 D. cit.; die L. 35 D. de minor. (4, 4) lässt eine principielle Deutung nicht zu. Von einem abändernden Gewohnheitsrecht aber kann bei einem Verhältnisse von so überaus geringer praktischer Bedeutung kaum die Rede sein. Wie hier z. B. Keller § 324.

3) Die Frage, ob der erste Käufer bessere Bedingungen setzt, bestimmt sich nach den obigen Grundsätzen; es handelt sich nicht um bloses Ueberbieten des Preises.

4) Genauer: innerhalb der Frist zur Kenntniss des Käufers gelangen.

5) Bei Verhandlungen unter Abwesenden kommen natürlich die einschlägigen Bestimmungen zur Anwendung.

unter den ursprünglichen Parteien ein unbedingter Vertrag geschlossen wird. Liegt Vorbehalt vor, so ist nach römischem Rechte der Abschluss eines neuen Vertrags zwischen dem ersten Käufer und dem Verkäufer anzunehmen [1]) — es müsste denn sein, dass die neuen Bestimmungen lediglich den Erlass gewisser Verbindlichkeiten des Verkäufers involviren. — Die Consequenz dieser Auffassung ist insbesondere die, dass

a) der überbietende Käufer gleichwohl die bisher bezogenen Früchte u s. w. erstatten muss, soferne nur nicht entgegengesetzte Verabredung vorliegt.

L. 6 §. 1 D. cit.

Si quis extiterit, qui meliorem condicionem afferat, deinde prior emtor adversus eum licitatus sit et penes eum emtio manserit, dubitari potest, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore condicione allata; an vero venditoris sint, licet eadem sit persona quae meliorem condicionem attulerit? quod ratio facere videtur; intererit tamen quid acti sit.

b) Wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich kaufen und der eine Socius legt ein höheres Gebot, so wird dadurch auch der Kauf bezüglich seines eigenen Antheils aufgehoben; er hat nicht zwei Verträge je über die Hälfte der Sache geschlossen, sondern einen Vertrag über die ganze Sache.

L. 18 D. eod. (Africanus):

Quum in diem duobus sociis fundus sit addictus, uno ex his pretium adiiciente etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur.

c) Daraus ergibt sich ganz von selbst, dass das Eigenthum an den Verkäufer zurückkehrt, sofort aber durch brevi manu traditio wieder übertragen wird. Nicht ganz so einfach gestaltet sich das Schicksal der vom Käufer bestellten dinglichen Rechte. Consequent muss behauptet werden, dass sie zusammenfallen; ohne Zweifel aber besteht auch die Verpflichtung sie neu zu bestellen. Weiter aber werden wir in Ermangelung positiver Vorschrift nicht gehen dürfen [2]).

1) Freilich scheuen die Juristen auch nicht die populäre Ausdrucksweise: emtio remanet penes priorem (L. 6 §. 1 D. cit.)

2) Die Rechtsverhältnisse, welche sich durch die Ueberbietung Seitens des ersten Käufers ergeben, sind in den Quellen nur sehr spärlich erörtert; auch die neueren Darstellungen gehen nicht tiefer ein. Vgl. Sintenis a. a. O. A. 18.

Nach heutigem Rechte wird meist eine blose Modification des ersten Vertrages angenommen werden können [1]).

4) Macht der erste Käufer von der ihm angebotenen Möglichkeit keinen Gebrauch, so ist weiter erforderlich, dass nunmehr der Vertrag mit dem zweiten Käufer auf Grund des besseren Gebotes auch wirklich ins Dasein tritt. Das blose Angebot genügt nicht zur Rückgängigmachung. Ist daher dasselbe durch Zeitablauf, Tod, Widerruf u. s. w. erloschen, so bleibt der erste Kauf trotz des ablehnenden Verhaltens des Käufers bestehen [2]).

Daraus folgt insbesondere, dass der Verkäufer durch Zurückweisung der Offerte des Kaufliebhabers auch jetzt noch beim ersten Vertrage beharren kann [3]).

§. 252.

III. Schliesst der Verkäufer den Vertrag mit dem Dritten ab, obschon die eben besprochenen Voraussetzungen nicht bestehen, so mag derselbe immerhin giltig sein; eine aufhebende Wirkung dem ersten Vertrag gegenüber hat er nicht [4]).

Sind dagegen die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden, so hebt der zweite Kauf den ersten auf: abitur, receditur a priore emtione, resolvitur emtio [5]).

Die rechtliche Beschaffenheit dieser Aufhebung ist nun genauer in's Auge zu fassen.

A. Bei unbefangener Würdigung der Quellen lässt sich

1) Vgl. oben S. 484. Die Frage wegen des Ersatzes der Früchte hat demnach für uns wesentlich noch eine materielle Bedeutung; es fragt sich, ob dieser Ersatz nöthig ist, damit der Verkäufer günstiger gestellt ist, als bei Annahme der zweiten Offerte.

2) Vgl. L. 1 D. cit.

3) L. 9 D. cit.

4) L. 14 D. cit. Beim bedingten Kauf liegt also der Fall vor, dass der Verkäufer die Sache doppelt verkauft; beim Vorbehalt verkauft er eine fremde Sache. — Selbstverständlich kann sich der Verkäufer dem zweiten Offerenten gegenüber durch Abschluss eines bedingten Vertrags sicher stellen.

5) Vgl. L. 2 pr., L. 4 §. 5; L. 14 §. 2 D. cit.; L. 2 §. 4 D. pro emt. (41, 4).

der Satz nicht in Abrede stellen, dass das Kaufobject selbst mit dinglicher Wirkung zum Verkäufer zurückkehrt[1]).

Diesem Satze fehlt es vor Allem auch nicht an der inneren ratio. Soll überhaupt dem Verkäufer die Möglichkeit offen stehen, die bereits verkaufte Sache zum zweitenmal besser zu verkaufen, so ist die dingliche Wirkung gar nicht zu entbehren; ohne dieselbe wäre der Verkehr ohne Zweifel immer bei der suspensiven Gestaltung des Verhältnisses stehen geblieben. Ein Verkäufer, der berechtigter Weise weiter verkauft, dann aber zusehen möge, wie er mit Hilfe der persönlichen Klage wieder zur Sache gelangt, — würde sich wahrlich in einer wenig beneidenswerthen Lage befinden. Wer den Zweck will, muss auch das Mittel wollen; sanktionirt die Rechtsordnung jenen Vorbehalt des Rücktritts überhaupt, so muss sie auch dem Verkäufer die rechtliche Macht über die Sache einräumen, ohne welche das Recht des Weiterverkaufs so gut wie illusorisch ist[2]).

Kehrt aber das Eigenthum ohne Weiteres an ihn zurück, so ist die nächstliegende Consequenz die, dass auch die vom Zwischeneigenthümer bestellten dinglichen Rechte unmittelbar erlöschen. Denn dass der Verkäufer die Sache überhaupt frei von den inzwischen auferlegten Belastungen zurückerhält, liegt ohne Weiteres im Zwecke des Vorbehalts selbst; wie sollte er leicht ein besseres Gebot erlangen für eine Sache, die inzwischen mit Servituten und Pfandrechten belastet worden ist? nur wenn der Rechtszustand der Sache wesentlich der gleiche ist, besteht unter normalen Verhältnissen innerhalb

1) Dagegen fehlt es an jedem Anhalt dafür, dass diese Wirkung von einer besonderen Beschaffenheit der Willenserklärung der Parteien abhänge (Windscheid §. 323 bei Anm. 4) oder dass die addictio in diem auch mit blos obligatorischer Wirkung vorkomme. Die ältere Theorie unterschied auch hier, je nachdem verba directa oder obliqua gebraucht waren; Glück a. a. O. S. 263.

2) Wir haben also einen auf das Entziehen der Sache gerichteten Nebenvertrag mit dinglicher Wirkung. Insoferne stimme ich hier mit den allgemeinen Erörterungen von Ihering a. a. O. S. 544 durchaus überein (Ueber die in Anm. 182ª angeregte Materie wären übrigens Erörterungen in meinem Dotalrecht Bd. II S. 458 fgg. und in demjenigen von Czyhlarz S. 204 zu finden gewesen. Dort sind auch die groben Irrthümer von Bachofen längst widerlegt.)

begränzter Zeit die Möglichkeit günstigeren Verkaufs. Gegenüber der Schwierigkeit und Unsicherheit der befreienden Thätigkeit des Zwischeneigenthümers ist es abermals eine durch den Zweck gebotene Steigerung, wenn die Rechtsordnung das unmittelbare Erlöschen der Lasten anordnet; statt dass der Verkäufer sich an den Käufer hält und dieser mit den Berechtigten verhandelt, gehen ihre Rechte von selbst unter, und ihre Sache ist es, mit Eviktionsansprüchen gegen ihren Auktor aufzutreten. Vom Standpunkte der Rechtssicherheit mag das kein idealer Zustand sein; aber von diesem Standpunkte aus ist überhaupt das ganze Institut der addictio in diem, jedenfalls in Gestalt des Vorbehalts, bedenklich [1]; wer es hinnimmt, muss sich auch in die Consequenzen ergeben.

Das positive Recht bietet uns nun folgende Entscheidungen dar [2]:

1) der Käufer hat nach eingetretener adiectio nicht mehr die dingliche Klage, die er doch in der Zwischenzeit hatte [3]. Ebenso werden die aus dem Eigenthum hervorgehenden Klagen von jetzt an dem Verkäufer erworben [4].

2) Die vom Käufer eingeräumten dinglichen Rechte erlöschen, es müsste denn sein, dass bei ihrer Bestellung auch der Verkäufer mitgewirkt hat. Dieses Zusammenfallen war dem Juristen Marcellus so gewiss, dass er daraus umgekehrt erst auf das Zwischeneigenthum geschlossen hat,

Ulpianus lib. XXVIII ad Sab. L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2)

1) Wie es denn auch aus dem heutigen Verkehre verschwunden zu sein scheint.

2) Vgl. zum folgenden insbesondere Vangerow Bd. I S. 152 fgg. (gegen die Interpretationsversuche von Riesser). Karlowa a. a. O. S. 102 fgg.

3) L. 41 pr. D. de r v. (6, 1). Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

4) L 11 §. 12 D. quod vi aut clam. (43, 24). Plane si posteaquam melior condicio allata est aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Julianus dubitaret, interdictum venditori competere; nam inter Cassium et Julianum de illo quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere quod postea contingit.

Sed et Marcellus libro V. Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret[1]).

Paulus L. 9 D. de aqua (39, 3).
In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut sive remanserit penes emtorem sive recesserit, certum sit voluntate domini factam esse aquae cessionem.

Man kann sich der Beweiskraft dieser Stellen nicht dadurch entziehen, dass man sie auf die formlose Uebereignung von res mancipi bezieht. Keine der Stellen gibt zu einer solchen Interpretation Veranlassung, geschweige denn, dass sie dazu nöthigt. Und welches Resultat bleibt denn für das justinianische Recht? Scheurl übergeht diese Frage ganz mit Stillschweigen[2]); Czyhlarz erkennt dagegen hier die dingliche Wirkung ohne Weiteres an[3]). Allein wie ist diese Veränderung im Rechte zu erklären? An ein Versehen der Compilatoren ist doch schwer zu glauben; dazu ist die Zahl der Stellen zu gross und ihr Ausdruck theilweise viel zu prägnant. Sollen wir also mit Czyhlarz annehmen, dass eine bewusste Rechtsveränderung stillschweigend stattgefunden habe? Auch diese Annahme ist in hohem Grade unwahrscheinlich. Zu Justinian's Zeiten war die addictio in diem sicherlich kein Institut von hervorragender, geschweige von zunehmender praktischer Bedeutung[4]); zu einer Veränderung des Rechts im Sinne einer Steigerung der rechtlichen Macht des Verkäufers ist damals schwerlich ein Bedürfniss vorhanden gewesen[5]).

1) L. 3 pr. D. quib mod. (20, 6); vgl. auch L. 105 D. de cond. (35, 1); L. 16 D. quib. mod. ususfr. (7, 4); L. 11 §. 6 D. quemadm. serv. (8, 6).

2) a. a. O. S. 251.

3) a. a. O. S. 37 fg. „Wir haben nach justinianischem Recht bei der addictio in diem wirklich einen solchen Fall, wo contra rationem iuris durch den in der Resolutivbedingung enthaltenen contrarius consensus das Eigenthum an den Tradenten zurückfällt.“

4) Das beweist das Stillschweigen des Codex.

5) Czyhlarz ist überhaupt sehr geneigt, die Fälle des dinglichen

Weiter ist die Frage von Interesse, ob dieser Rückfall des Eigenthums sich mit rückwirkender Kraft vollzieht oder nicht[1]). Die verneinende Antwort würde uns in der Auffassung bestärken, dass hier lediglich eine gesteigerte Wirkung gegenüber der blos obligatorischen Rückleistung anzunehmen ist. Nun wird man sich für die entgegengesetzte Ansicht nicht darauf berufen dürfen, dass die Servituten und Pfandrechte erlöschen; denn damit ist gar nicht gesagt, dass sie so angesehen werden, wie wenn sie niemals existirt hätten. Sie hören auf zu existiren (finiuntur), statt dass ihre Beendigung erst durch rechtsgeschäftliche Thätigkeit herbeizuführen ist. Dieser letztere Verlauf ist die Regel: jene unmittelbare Wirkung die Ausnahme; aber ich sehe nicht ein, warum dieselbe nur mit Hilfe der Rückziehung sollte erklärt werden können.

Gegen diese letztere aber spricht Folgendes:

1) Die vom Zwischeneigenthümer erworbenen dinglichen Rechte bleiben bestehen[2]).

2) Die in der Zwischenzeit entstandenen Klagen bedürfen der Abtretung. Dieser Satz war im älteren Rechte bestritten: Cassius hat gerade hier Rückwirkung angenommen; die entgegengesetzte Ansicht des Julian ist recipirt[3]).

3) Der Usucapionsbesitz der Zwischenzeit kommt dem Verkäufer mittelst der accessio possessionis zu Gute. Ausdrücklich ist dies für die addictio in diem nicht gesagt, wohl aber liegt eine Entscheidung vor bezüglich der lex commisso-

Rückfalls aus dem Mangel der Mancipation oder Injurecession zu erklären. Auch die L. 29 D. de m. c. d. (39, 6) soll dieser Interpretation unterstellt werden. Dieselbe scheitert, wie mir scheint, schon daran, dass der Jurist die Klage, welche der Beschenkte vorher hat, als gleichartig betrachtet derjenigen, welche dem Schenker nachher zusteht Vgl. auch Wendt a. a. O. S. 138 fg.; Ihering a. a. O. S. 574; Schulin a. a. O. S. 98: Hölder in der krit Vierteljahrsschrift Bd. 18 S. 197; Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1461.

1) Vgl. Fitting Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 2 S. 288; dagegen Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1497.

2) Dies ist für unser Verhältniss nicht ausdrücklich gesagt; allein die Analogie der L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6) ist durchaus zutreffend. Vgl. Ihering a. a. O. S. 542.

3) L. 4 §. 4 D. cit., L. 11 §. 10 D. quod v. aut clam. (43, 24); die Stelle ist, wie gerade der Schlusssatz ergibt, stark gekürzt.

ria [1]), sowie ein ganz allgemein lautender Satz von Javolenus in L. 19 D. de usurp. (41, 3).

Si hominem emisti, ut si aliquia condicio extitisset, inemtus fieret et is tibi traditus est, et postea condicio emtionem resolvit, tempus quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus eius qui redhibuerit venditori accessurum, quoniam ea venditio prope dici non potest [2]).

1) L. 6 §. 1 D. de divers. temp. praescr. (44, 3). Allerdings machte die accessio possessionis bei der Redhibition den älteren römischen Juristen einige Schwierigkeit, die aber, gerade weil sie auch bei der ädilitischen Redhibition hervortritt (L. 13 §. 2 D. de a. v. a. poss.) mit dem dinglichen Rückfall schlechterdings nichts zu schaffen hat. Voraussetzung ist nämlich ein derivativer Titel zwischen Vormann und Nachmann; die Zahl der Ersitzungstitel aber ist im klassischen Recht beschränkt, (was auch sonst von Wichtigkeit ist); die Frage war also die, ob man den Erwerb durch Redhibition unter den titulus pro emtore subsumiren könne. Diese Frage wurde von Manchen verneint, die Redhibition ist kein Verkauf, sondern die Aufhebung eines solchen; venditionis est resolutio redhibitio, L 13 D. cit. Die herrschende Ansicht nahm gleichwohl den titulus pro emtore an. Die Schlussworte der L. 19 D. cit. sind, so wie sie lauten, sinnlos; denn kann man „eigentlich" von keinem Kaufe sprechen, so würde dies ja gerade ein Argument gegen die Accession bilden (mangelnder Titel). Wollte man annehmen, dass ursprünglich quamvis statt quoniam gestanden habe, so wäre der Zusammenhang gegeben: obschon sie (nämlich die Redhition) eigentlich nicht als Verkauf bezeichnet werden kann, nehme ich doch Ersitzung an. Man beachte auch das bei der jetzigen Lesart kurz nach einander sich wiederholende quoniam.

2) Nach unserer Erklärung besteht zwischen dem dinglichen Rückfall und der Redhibition kein ausschliessender Gegensatz. Es liegt ein Vergleich mit der letzteren vor und zwar gerade in einer Richtung (auf die Vergangenheit), auf die sich eben der dingliche Rückfall nicht erstreckt. Nur gerade wenn man diesem eine rückwirkende Kraft beilegen wollte, würde sich Widerspruch ergeben. Vgl. Vangerow Bd. I S. 155 3^{b}. Gegen die Rückwirkung in diesem Sinne kann auch die schon oben S. 402 erwähnte L. 67 §. 3 D. de furtis (47, 2) angeführt werden. Klagen, welche der Käufer in der Zwischenzeit, wenn er nicht Eigenthümer gewesen wäre, erworben hätte, leben durch den Rückfall nicht gegen den Verkäufer auf. — Für die Rückwirkung kann endlich auch die L. 9 pr. D. de aqua (39, 3) nicht geltend gemacht

Mag diese Stelle im Sinne ihres Verfassers eine konkretere Beziehung gehabt haben, so enthält sie, soviel ich sehe, nichts, was ihre Anwendung auf die addictio in diem, sei es für das justinianische oder für das klassische Recht, ausschliessen könnte.

B. Der Rückfall, so wie wir ihn kennen gelernt haben, als gesteigerter Ersatz der obligatorischen Rückleistung der Sache und der Beseitigung der auferlegten Lasten, reicht vollkommen aus, um dem Verkäufer die sichere Möglichkeit des Vollzugs des zweiten Kaufs zu verschaffen; denn begreiflicher Weise hat der zweite Käufer nichts zu beanspruchen als eben das Kaufobject [1]).

Allein die bona fides bleibt bei diesem Resultate nicht stehen. Sie verlangt, dass im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer alle Wirkungen und Folgen des aufgelösten Kaufes beseitiget werden. Diese Beseitigung ist ein reines Internum und erfolgt daher mittelst der Contrakts klagen, ganz abgesehen davon, dass eine dingliche Klage hier auch aus andern Gründen nicht immer anwendbar wäre [2]). Insbesondere also fordert der Käufer den Kaufpreis zurück, den er bezahlt hat [3]); desgleichen hat er Anspruch auf Ersatz der nothwendigen Verwendungen; — umgekehrt ist er verpflichtet, die Früchte und Accessionen zu ersetzen, die er als Eigenthümer bezogen hat [4]).

Es ergibt sich nun aber noch die weitere Frage, ob der Käufer dem Verkäufer auch dafür haftet, dass die Möglichkeit eines besseren Gebotes erhalten bleibt. Wir können hier zunächst die beiden extremen Fälle ausscheiden:

werden. Wollte man dieselbe wörtlich nehmen, so hätte die Sache gleichzeitig zwei (alternativ bestimmte) Eigenthümer; eine Auffassung, die dazu führen müsste, dass sie sich gegenseitig lahm legen (etwa wie beim Postliminium). Da es sich um formlose Bestellung handelt, so kann auch der künftige Eigenthümer mitwirken.

1) L. 14 §. 4 D. cit. Emtorem, qui meliorem condicionem attulerit, praeter corpus nihil sequitur, quod venierit.

2) L. 20 D. cit.

3) L. 16 D. eod.

4) L. 4 §. 4, L. 6 D., L. 14 §. 1, 4, 5 D. eod., L. 50 D. de iure fisc. (49, 14). Die Eigenthumsklage erstreckt sich auf diese Nebensachen nach allgemeinen Grundsätzen.

1) Der Käufer haftet nicht für zufälligen Untergang noch für zufällige Verschlechterung. Der Vortheil des Verkäufers ist hier schon — theilweise im Gegensatz zum bedingten Geschäft — dadurch gewahrt, dass er den Kaufpreis erhält[1]).

2) Umgekehrt haftet der Käufer für dolus, möge sich derselbe in der Vernichtung oder Verschlechterung der Sache oder auf andere Weise äussern[2]).

Es bleibt also nur die Frage übrig, ob der Käufer auch für culpa levis haftet. Für die Bejahung dieser Frage spricht die L. 14 pr. D. cit. (quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit) und ebenso die innere ratio. Denn handelt es sich um eine den Käufer verpflichtende Nebenverabredung des Kaufs, so erstreckt sich darauf auch ohne Weiteres, soferne nicht das Gegentheil bestimmt ist, seine contraktliche Haftung. Selbstverständlich hat derselbe keine positive Thätigkeit zu entwickeln, um dem Verkäufer ein besseres Gebot zu verschaffen[3]), aber er darf auch nichts thun und muss dajenige unterlassen, wodurch die Möglichkeit des besseren Gebots vereitelt wird. Mit dieser Verpflichtung hat er eben gekauft; die Chance, die Sache um billigen Preis zu behalten, wird ihm dafür regelmässig als Aequivalent dienen.

Damit ist auch die Antwort auf die Frage gegeben, welchen Einfluss die Weiterveräusserung in der Zwischenzeit hat. Dadurch wird das Recht der addictio in diem nicht alterirt; der erste Käufer behält gleichwohl die Befugniss, den zweiten Bieter zu überbieten, um auf diese Weise sich selbst gegen Regressansprüche zu sichern. Der dritte Erwerber da-

1) L. 2 §. 3 D. de in diem addict. (18, 2).

2) z. B. Abschrecken von Kaufliebhabern durch unwahre nachtheilige Angaben über die Sache. L. 14 §. 1 D. cit. — sed verum est venditorem deceptum ex vendito habere cum priore emtore quanti sua intersit id non esse factum. Die nun folgenden Worte: per quam actionem u. s. w. sind nicht so zu verstehen, als wenn nur unter der Voraussetzung des Betrugs die Früchte beansprucht werden könnten, sondern der Jurist verweist auf die allgemeine Anwendbarkeit dieser Klage, die also auch für den vorliegenden Fall statthaft ist.

3) Ebensowenig wie er verpflichtet ist, die Sache zu verbessern oder Früchte aus derselben zu beziehen; Gewinnung von Früchten durch Vermittlung des Käufers ist niemals der Zweck des Vorbehalts. L. 14 §. 5 D. cit.

gegen hat in eigener Person weder Rechte noch Pflichten aus dem Vorbehalt; namentlich kann von ihm der Verkäufer die Früchte nicht ersetzt verlangen (ausser sofern sie Nebensachen der Eigenthumsklage sind). Wohl aber kann er sich auch wegen der vom zweiten Erwerber bezogenen Früchte u. s. w. an den ersten Käufer halten; dessen Sache ist es, sich dem zweiten Erwerber gegenüber sicher zu stellen; er kann sich nicht einfach durch Veräusserung seiner contraktlichen Verbindlichkeit entledigen.

Daraus ergibt sich zur Genüge, dass die addictio in diem als Vorbehalt ein für den Käufer überaus ungünstiges Geschäft ist.

§. 253.

IV. Der Vorbehalt kann auch als zweiseitiger gemeint sein; dann liegt immer noch keine Bedingung vor [1]); der Vertrag ist fertig, die Gefahr geht über; das Besondere ist nur, dass auch der Käufer bei gegebener Voraussetzung zurücktreten kann. Wie hier diese Voraussetzung genauer beschaffen ist, wird nicht gesagt; es kann schon das erweisliche Gelangen eines bessern Gebots an den Verkäufer [2]) genügen; oder es ist die Aufforderung zum Ueberbieten nöthig, so dass mit der Ablehnung derselben zugleich der Rücktritt des Käufers verbunden sein kann. Die Wirkung ist die gleiche wie die des Rücktritts des Verkäufers.

Endlich ist auch möglich, dass das Rücktrittsrecht blos zu Gunsten des Käufers besteht, wenn auch begreiflicher Weise auf dieses Verhältniss der Name addictio in diem nicht anwendbar ist. Man muss dabei an Fälle denken, in welchen der Käufer die Sache aus Freundschaft oder Mitleiden kauft, so dass lediglich er ein Interesse am Rücktritt hat. Auf diesen Fall bezieht sich wahrscheinlich der erste Satz der L. 41 pr. D. de R. V. (6, 1), dessen Verhältniss zum zweiten Satz ohne diese Annahme schwer zu erklären ist [3]).

1) L. 9 D. cit.

2) Etwa durch Vermittlung des Käufers selbst

3) Ganz ohne Bedenken ist diese Erklärung freilich nicht; namentlich ist auffallend, dass dieser doch jedenfalls seltenere Fall vorangestellt ist; auch der dingliche Rückfall ist hier innerlich schwer zu mo-

V. Bei fiscalischen Veräusserungen (nicht auch bei solchen der Gemeinden!) verstand sich noch in späterer Zeit die (resolutive) addictio in diem von selber; es scheint nicht, dass dies auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhte, sondern auf geschäftlicher Gewohnheit und daran sich anschliessender Interpretation. Möglich, obschon aus unsern Quellen nicht nachweisbar ist, dass der resolutive Vorbehalt erst von hier aus in den Privatverkehr gelangt ist[1]).

§. 254.

Ein fernerer Resolutivvertrag ist die lex commissoria[2]). An praktischer Bedeutung übertrifft dieselbe die addictio in diem jedenfalls im heutigen Recht ganz unvergleichlich; ja nach manchen neueren Rechtsordnungen ist entweder jeder synallagmatische Vertrag oder doch der Kauf[3]) schon von Rechtswegen, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen so organisirt, dass es der besonderen Verabredung gar nicht bedarf.

Soweit geht das römische Recht nicht; ja es kennt auch die ausdrückliche Verabredung des Rücktritts für den Fall der Nichterfüllung des Gegners hauptsächlich nur zu Gunsten des Verkäufers. Nur diese Verabredung führt den Namen der lex commissoria und nur für sie bestehen besondere ergän-

tiviren. Immerhin aber ist mir diese Erklärung noch lieber als die Annahme eines dem Verkäufer ohne Zeitbeschränkung zustehenden Rücktrittsrechts; der Käufer, der sich auf ein solches Geschäft einlässt, müsste erst nachgewiesen werden. Nach Glück (a. a. O. S. 257) greift in diesem Falle die dreissigjährige Verjährung Platz und zwar von dem Zeitpunkt an beginnend, wo ein besseres Gebot gelegt bezw. dem ersten Käufer davon Nachricht gegeben ist! Ebenso Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. II S. 220.. — Vgl. über diese Stelle Vangerow Bd. I S. 153. Windscheid §. 323 A. 3

1) L. 1 C de vend. reb. civ. (11, 31); L. 4 C. de fide et iure hastae (10, 3); L. 50 D. de iure fisci (49, 14); Glück Commentar Bd. 16 S. 267; Engelmann a. a. O.

2) Gelegentlich wird auch der Verkauf unter dieser Verabredung selbst als commissoria venditio bezeichnet. L. 4 C de pactis inter em. (4, 54).

3) Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 354—357. Dieses gesetzliche Rücktrittsrecht bleibt hier ausgeschlossen.

zende Bestimmungen, wie sie nunmehr dargestellt werden sollen [1]).

I. Die lex commissoria ist die dem Kaufvertrage (nach römischem Recht in continenti, nach heutigem auch nachträglich) beigefügte Verabredung, dass der Verkäufer befugt sein solle, den Kauf als nicht geschlossen zu behandeln, davon zurückzutreten [2]), wenn der Käufer den Kaufpreis nicht rechtzeitig bezahlt.

Ist derselbe in Terminen zu bezahlen, so kann der Vorbehalt für jeden einzelnen Termin festgesetzt sein [3]). Die Verabredung ist aber auch in dem beschränkteren Sinne zulässig, dass erst die Nichteinhaltung des letzten Termins zum Rücktritt berechtigt.

Nach ausdrücklicher Vorschrift tritt im Zweifel die Interpretation zu Gunsten des resolutiven Vorbehalts ein [4]). Die unbestrittene Folge dieser Auffassung ist, dass die Gefahr auf den Käufer übergeht [5]). Es ergibt sich daraus aber weiter, dass auch sofortige beiderseitige Erfüllung unter den gewöhnlichen Voraussetzungen und mit der gewöhnlichen Wirkung beansprucht werden kann.

1) Für den entsprechenden Fall kann auch eine Conventionalstrafe festgesetzt sein, die aber nach römischem Recht das Maass der erlaubten Zinsen nicht übersteigen darf. Im Gegensatz zu einer diese Schranke überschreitenden Conventionalstrafe heisst unsere Verabredung eine lex contractus non improbata; L. 13 §. 26 D. de a. e. v. (19, 1).

2) Irrita emtio facta est; L. 10 pr. D. de resc. vend. (18, 5). Die Formel ist meist: si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus inemtus sit. L. 2 D. de leg. commiss. (18, 3); L. 6 §. 1 D. h. t.

3) L. 6 §. 1 D. h. t., L. 38 pr. D. de minor (4, 4). Dieser Sinn ist im Zweifel anzunehmen.

4) L. 4 pr. D. de leg. commiss. (18, 3), L 2 §. 3 D. pro emtore (41, 4). Gegen die Ansicht, dass die lex commissoria überhaupt nicht suspendirend wirken könne (Engelmann, Rückfall des Eigenthums S. 21 fgg., der überhaupt sehr verkehrte Ansichten über die lex commissoria ausspricht, S. 43 fgg.; Burckhard im Archiv für die civ. Praxis Bd. 51 S. 162, Wendt, Reurecht Bd II S. 27) vgl. Windscheid §. 323 A. 16; oben S. 83.

5) L. 2 D. de leg. commiss. (18, 3).

In dieser Beziehung muss nach zwei Seiten hin eine irrige Auffassung abgelehnt werden.

1) Die Meinung, als ob durch die lex commissoria die Creditirung des Kaufpreises und damit nothwendig auch der Eigenthumsübergang ausgeschlossen wäre[1]). Allein daraus, dass sich der Verkäufer vorbehält, nicht länger als bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an den Vertrag gebunden zu sein, würde per argumentum a contrario lediglich folgen, dass er bis dahin gebunden sein wolle, welche Schlussfolgerung aber, da er von Rechtswegen gebunden ist, ganz unerheblich erscheint. Unter welchen Modalitäten dagegen der Vertrag bis dahin wirken soll, ist durch jenen Vorbehalt in keiner Weise gesagt.

In der That erkennen auch die Quellen die Möglichkeit der Eigenthumsübertragung (beziehungsweise, was für unsere Frage auf das Nämliche hinauskommt, der condicio usucapiendi) ganz unzweifelhaft an[2]).

Thatsächlich ist ja allerdings der Verkäufer, der sich den Rücktritt für den Fall der Nichterfüllung vorbehält, von einem Misstrauen gegen den Käufer erfüllt, und thatsächlich wird daher die Verweigerung des Credits sehr häufig mit der lex commissoria verbunden sein. Aber ein nothwendiger innerer Zusammenhang besteht nicht.

Die lex commissoria als solche hat nicht den Zweck, dem Verkäufer eine reale Sicherheit für die Erfüllung zu verschaffen; dazu dienen andere Mittel, der gesetzliche (oder nach heutiger Anschauung der vertragsmässige) Eigenthumsvorbehalt, eventuell das pactum hypothecae u. s. w. Sondern der Zweck des Vorbehalts besteht darin, den Verkäufer mit Ablauf einer gewissen Zeit seiner contraktlichen Verpflich-

1) In der modernen Terminologie kann diese Ansicht so formulirt werden, dass die l. c ohne Weiteres einen Eigenthumsvorbehalt in sich schliesse. — Neben der Creditirung kann nur noch Theilzahlung in Betracht kommen, die aber keinen Eigenthumsübergang, auch nicht zu einer entsprechenden Quote, bewirkt.

2) Vgl. L. 6 §. 1 D. h. t, L. 4 pr., L. 5 D. de leg. comm. [Fruchtbezug]; L. 9 §. 3 D. pro emt. (41, 4), L. 6 §. 1 D. de diversis temp. praes. (44, 3) [Ersitzung und accessio possessionis].

tung zu entbinden und ihm die freie geschäftliche Disposition über die Sache wieder zu verschaffen.

Daneben tritt unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch ein poenales Element hervor (Verlust der Arrha und der Anzahlung), so dass die lex commissoria insofern auch gleich der Strafe abschreckend wirkt [1]).

2) Nicht minder irrig ist die entgegengesetzte Ansicht [2]), dass mit der lex commissoria immer ein stillschweigendes Creditiren verbunden sei. Dies ist so wenig der Fall, dass die lex commissoria nicht einmal ohne Weiteres eine Stundung des Kaufpreises enthält; wer sich ausbedingt, dass er nicht länger als bis zu einem gewissen Zeitpunkt an den Vertrag gebunden ist, verpflichtet sich damit keineswegs ohne Weiteres, bis zu diesem Zeitpunkt mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zu warten, und selbst wenn Stundung vorliegt, so ist dieselbe nach römischer Anschauung noch nicht ohne Weiteres Creditirung mit der Wirkung des Eigenthumsübergangs.

II. Die Nichteinhaltung der bedungenen Frist hebt den Vertrag nicht von selbst auf. Dies besonders hervorzuheben, waren, wie schon oben (S. 492) bemerkt, die römischen Juristen durch die herkömmliche objectiv-imperative Formulirung des Vorbehalts veranlasst. Zu der objectiven Voraussetzung [3]) muss der Wille des Verkäufers hinzukommen. Mit andern Worten: der Verkäufer hat ein vertragsmässiges Rücktrittsrecht, dessen Ausübung, wie die eines jeden Rechts, von seinem Willen abhängt [4]).

1) Vgl. L. 51 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1) „Legis poenam patiatur."

2) In diesen Irrthum ist auch Czyhlarz a. a. O. S. 65 A. 2 verfallen. Ebenso Burckhard S. 263. Aber auch die Ansicht von Brinz (vgl. oben S. 93 A. 1), dass die Anstellung der rei vindicatio von Seiten des Verkäufers immer von selbst auch einen berechtigten Rücktritt vom Kaufe enthalte, führt zu der nämlichen Consequenz; entweder die lex c. ist dann ganz überflüssig, oder sie hat gerade nur für den Fall der Creditirung eine Bedeutung. Im Wesentlichen richtige Ansichten über die Bedeutung der lex commissoria hat Schulin a. a. O S. 193 fgg.

3) Von dieser heisst es, lex commissa est (L 5 §. 2 D. de leg. commiss.).

4) L. 3, L. 4 D. L. 6 pr. D. de leg. commiss. (18, 2), L. 31 D. de

Daher kann nicht etwa der Käufer durch Nichterfüllung die Aufhebung des Geschäfts willkürlich herbeiführen und sich dadurch von dem Perikulum, das auf ihn übergegangen ist, wieder befreien [1]).

III. Die objective Voraussetzung der lex commissoria ist vorhanden, wenn der Käufer die ihm obliegende Leistung vor Ablauf der bestimmten Frist nicht gehörig anbietet: einer Mahnung bedarf es nicht; ebensowenig braucht sich der Verkäufer nachträgliches Anerbieten gefallen zu lassen, selbst nicht mit Ersatz des durch den Aufschub entstandenen Schadens. Dagegen ist der Käufer gegen den Verfall gesichert, wenn er durch einen in der Person des Verkäufers liegenden Umstand an der rechtzeitigen Erfüllung gehindert wird. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn bis zum Ablauf der Frist weder der Verkäufer noch ein legitimirter Vertreter desselben zugänglich ist; wenn der Verkäufer die gehörig angebotene Leistung grundlos zurückweist; insbesondere, wenn er selbst nicht erfüllungsbereit ist. Jedoch kann er sich durch purgatio morae, und zwar auch nach Ablauf der Frist, den Vortheil der lex c. wieder verschaffen [2]).

Die Frist kann von Anfang an fest bestimmt sein, nach Tagen oder in sonstiger Weise; es kann aber auch die nachträgliche Festsetzung derselben dem Gläubiger vorbehalten bleiben. Diese Festsetzung ist keine Mahnung, wenn man auch im gewöhnlichen Leben den Vorgang missbräuchlich so nennen mag; und es ist geradezu unbegreiflich, wie manche Schriftsteller in der Ausübung dieses vertragsmässigen Rechts der Kündigung einen Conflikt mit der Regel haben erblicken können, dass die Mahnung gerade einen Verzicht auf die lex commissoria enthalte.

pignor. (20, 1). Vgl. auch die Fassung der lex in L. 10 §. 1 D. de resc. vend. (18, 5).

1) L. 2 D. eod. Beim suspensiven Geschäft wird regelmässig die blose Thatsache der nicht rechtzeitigen Leistung die Deficienz der Bedingung herbeiführen: „falls das Geld binnen einer Stunde gebracht wird, wird verkauft.“

2) L. 4 §. 4, L. 6, 8 D. de leg. comm. (18, 3); L. 10 D. de resc. vend. (18, 5), L. 51 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1), L. 23 D. de O. et A. (44, 7). — Windscheid §. 323 A. 9, 10; Burckhard a. a. O. S. 172.

Da es keine subsidiäre gesetzliche Frist gibt, so vermag in Ermangelung besonderer Verabredung der Verkäufer jederzeit den sofortigen Verfall herbeizuführen [1]).

IV. Ist die objective Voraussetzung gegeben, so kann der Verkäufer zurücktreten; er kann aber auch den Vertrag aufrecht erhalten und die Erfüllung verlangen.

1) Diese Wahl kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Ein stillschweigender Verzicht auf die lex commissoria liegt in jedem Verhalten des Verkäufers, wodurch er seinen Willen, den Vertrag gelten zu lassen, in genügender Weise zu erkennen gibt; z. B. nachträgliche Annahme von Zahlung (auch von Theilzahlung), nachträgliches aussergerichtliches oder gerichtliches Verlangen der Erfüllung [2]). Dagegen ist kein Verzicht das nachträgliche Anbieten der eigenen Leistung, mit welcher der Verkäufer bisher in Verzug war; darin liegt an und für sich blos die Beseitigung des Hindernisses, welches bisher der Ausübung der lex commissoria entgegenstand. (S. oben S. 523).

2) Selbstverständlich enthalten jene Handlungen einen Verzicht nur dann, wenn sie nach Ablauf der Frist vorgenommen werden; es ist schon oben bemerkt, dass der Verkäufer durch die lex commissoria als solche auch nicht gehindert ist, in der Zwischenzeit sein Recht auszuüben [3]).

3) Die nach Ablauf der Frist getroffene Wahl ist ohne

1) Die namentlich früher verbreitete Ansicht, dass der Schuldner nach erfolgter Erklärung des Gläubigers auch ohne Verabredung noch eine Nachfrist habe oder dass ihm wenigstens purgatio morae zustehe, bedarf keiner Widerlegung. Richtiges und unrichtiges vermischt Sintenis II, §. 101 A. 24. Richtig Windscheid §. 323 A. 8.

2) L. 38 pr. D. de minor (4, 4). Restitution ist hier, auch vom Standpunkt des Paulus, deshalb nöthig, weil sich die Vormünder die Ausübung der lex commissoria hatten gefallen lassen. — Was das gerichtliche Verlangen anlangt, so muss der Gesichtspunkt, dass die Klagbitte processualisch abgeändert werden kann, scharf unterschieden werden von dem Gesichtspunkt, dass die Formulirung der Klagbitte zugleich materielle Rechtsausübung ist. Dieses Wahlrecht ist mit der Zustellung der Klage consumirt

3) L. 6 §. 2, L. 7 D. cit; L. 38 pr. D. de minor (4, 4); L. 4 C. de pact. inter ement. (4, 54); Vat. frag. §. 3, 4

Weiteres bindend, der Verkäufer kann gegen den Willen des Käufers nicht auf die andere Alternative zurückgreifen.

4) Der Verkäufer hat keine Pflicht, eine positive Erklärung unaufgefordert abzugeben; insoferne kann er nach Ablauf der Frist durch passives Verhalten speculiren [1]. Wohl aber kann der Käufer die Entscheidung dadurch herbeiführen, dass er Erfüllung anbietet [2].

Wenn es in L. 4 §. 2 D. cit. heisst:

Eleganter Papinianus libro III Respons. scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse si commissoriam elegit, postea variare,

so ist damit offenbar nicht gemeint, dass der Verkäufer von Rechtswegen seine Erklärung sofort abzugeben habe; es ist ja auch gar nicht gesagt, welcher Nachtheil mit der Versäumniss verbunden sein sollte. Sondern die Meinung ist nur die, dass die Erklärung, die der Verkäufer abgibt, sofort bindend ist.

§. 255.

V. Entscheidet sich der Verkäufer für den Rücktritt, so ist nichts sicherer, als dass dadurch der Vertrag nicht mit rückwirkender Kraft ungeschehen gemacht und ausgelöscht wird. Ganz abgesehen davon, was schon oben hervorgehoben wurde, dass ja die Wirksamkeit der lex als eines pactum adiectum selbst auf dem Hauptvertrage beruht [3], so manifestirt sich die fortdauernde Wirksamkeit desselben namentlich in folgenden Punkten.

1) Die einzige Schranke, die hier entgegensteht, ist die Erwägung, dass durch zufälligen Untergang der Sache die lex commissoria gegenstandslos wird.

2) Dass alsdann noch der Verkäufer eine billige, nöthigenfalls vom Richter zu bestimmende Frist für seine Entscheidung beanspruchen kann (Windscheid §. 323), ist unbegründet. Weist der Verkäufer die Leistung zurück, ohne zugleich zu erkennen zu geben, dass er von der l. c. Gebrauch machen wolle, so ist er in mora accipiendi.

3) Vgl. Vat. frag. §. 14 — quoniam eo iure contractum in exordio videtur.

1) Die vom Käufer gegebene Arrha verbleibt dem Verkäufer; während die absolute Negation des Vertrags gerade zur Rückforderung führen müsste.

L. 6 pr. D. cit. De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum est quominus lege pareatur et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore et id quod arrhae vel alio nomine datum esset apud venditorem remansurum [1]).

2) Unter dem, was in der vorstehenden Stelle als alio nomine datum bezeichnet ist, kann nach dem Zusammenhange nichts anderes verstanden werden, als die Theilzahlung. Auch diese verbleibt also dem Verkäufer. Dieser Satz wird zugleich bestätigt durch die L. 4 §. 1 D. eod.

Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, quum pretium quod numeravit perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.

Der Käufer soll die Früchte der Zwischenzeit lucriren als Ersatz für den zu Verlust gehenden Kaufpreis [2]). Die Annahme, als sollten die Früchte nur zum Ersatz der Zinsen des gezahlten Preises dienen, ist durch den Wortlaut der Stelle ausgeschlossen [3]).

3) Die fortdauernde Wirksamkeit des Vertrags manifestirt sich weiter darin, dass der Käufer durch besondere Verabre-

1) Dass der Verfall der Arrha auch ausdrücklich bedungen wurde, L. 1 C. de pact. inter ement. (4, 54), L. 8 D. cit. ist nicht auffallend.

2) Die Ansicht von Burckhard a. a. O. S. 327 (beistimmend Windscheid), dass die Früchte nur in einem proportionalen Verhältnisse zur verfallenden Gegenleistung lucrirt werden, ist in den Quellen nicht begründet; die angeblichen Billigkeitsgründe verfangen nicht.

3) Die Frage wegen des Schicksals der Anzahlung ist schon in der älteren Literatur controvers gewesen; vgl. Glück Bd. 16 S. 290. Man machte dabei wohl auch den Unterschied, ob die Anzahlung als Theil des Kaufpreises oder als Surrogat der Arrha gemeint sei; durch welche Umstände aber diese Verschiedenheit der Absicht erkennbar sein sollte, wurde, wie in so vielen ähnlichen Fällen, nicht gesagt. Die Ansicht von Keller §. 325, dass zwar die Arrha ohne Weiteres, die Anzahlung dagegen nur auf Grund besonderer Verabredung verloren gehe, ist in den Quellen nicht begründet. Die Beziehung des in L. 6 pr. D. cit. erwähnten alio nomine datum auf die Kosten des Vertragsabschlusses oder auf Geschenke und Trinkgelder (Glück Bd. 16 S. 286)

dung sich auch zum Ersatze des Mindererlöses des nächsten Verkaufes verpflichten kann; gerade auch mit Rücksicht auf diese Verabredung stellt Pomponius in L. 6 §. 1 D. h. t. die allgemeine Erörterung an, auf die schon oben (S. 495) hingewiesen worden ist[1]; ebenso sagt Ulpian in L. 4 §. 3 D. cit.

In commissoriam etiam hoc solet convenire, ut si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emtore exigat; erit itaque adversus eum ex vendito actio.

Setzt diese Leistung eine besondere Verabredung voraus, so versteht sich dagegen von selbst, dass der Käufer dem Verkäufer für Untergang und Verschlechterung der Sache nach den allgemeinen Grundsätzen verantwortlich ist[2].

4) Hat der Verkäufer bereits übergeben, so erstreckt sich die actio venditi auch auf die Rückerstattung der Sache und ihrer Accessionen, namentlich auch der Früchte, soweit sie nicht der Käufer nach dem Gesagten lucrirt[3].

L. 4 pr. D. cit.

ist ganz willkürlich. Literatur bei Burckhard a. a. O. S. 290; Wendt Reurecht Bd. II S. 109. Wie hier Sintenis a. a. O. S. 31, 249 A. 2; Puchta §. 263; Arndts § 249 A. 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. II S. 278 A. 6. Gar nicht hieher gehört L. 6 C. de pact. inter ement. (4, 54).

1) Das Verhältniss ist wohl dieses, dass der Verfall der Anzahlung ohne Weiteres als Ersatz des Schadens betrachtet wird, welchen der Verkäufer durch die Rückgängigmachung erleidet. Statt dessen kann aber auch der Schadensersatz besonders bedungen sein, und zwar speciell als Ersatz des Mindererlöses. In beiden Fällen hat die lex commissoria für den Käufer einen poenalen Charakter (vgl. L. 5 D. cit. — ex re in qua fidem fefellisset). Dieser poenale Charakter kommt auch in der Bezeichnung lex commissoria zum Ausdruck; das blose Aufheben eines Verhältnisses heisst nicht committere. Dem modernen gesetzlichen Rücktrittsrecht wegen gegnerischer Nichterfüllung ist Strafzusatz in der ersteren Gestalt fremd; das berechtigt uns nicht, ihn, im Widerspruch mit den Quellen, für das römische Recht zu läugnen.

2) L. 4 pr. D. cit. Hieher gehört auch die Beseitigung der auf die Sache gelegten Lasten.

3) Jedoch kann hier auch die Klage aus dem allenfalls für die Zwischenzeit abgeschlossenen Miethvertrag oder das interdictum de precario in Wirksamkeit treten. L. 22 pr. D. loc. (19, 2).

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut nisi intra certum diem pretium sit solutum inemtus fieret, videamus quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his quae ex fundo percepta sint? Itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris? Et quidem finita est emtio: sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Imperatoris Antonini et Divi Severi declaratur [1]).

Sofort ergibt sich die weitere Frage, ob die Sache selbst mit dinglicher Wirkung zurückkehrt; eine Frage, die damit allein, dass auch die persönliche Klage zum Zwecke ihrer Wiedererlangung zuständig ist, selbstverständlich noch nicht verneint wird.

Stellen wir uns hier zunächst auf den Standpunkt der Zweckmässigkeit, so ist ohne Weiteres zuzugeben, dass ohne dinglichen Rückfall die lex commissoria einen grossen Theil ihres Werthes für den Verkäufer verliert; die Möglichkeit, bei vorhandener Saumsal des Gegners rasch und sicher eine andere Verkaufsgelegenheit zu verwirklichen, ist sehr beschränkt, wenn sich der Verkäufer wegen Rückgabe der Sache und wegen Beseitigung der darauf gelegten Lasten nur an den Käufer halten kann; es scheint sich also für die dingliche Wirkung das nämliche Bedürfniss zu ergeben wie bei der addictio in diem.

Und gleichwohl ist die Analogie nur scheinbar. Denn die letztere Verabredung beruht nicht auf irgend welchem Misstrauen gegen den Käufer, so wenig, dass sie sogar mit Baarzahlung verbunden sein kann. Wohl aber geht die lex commissoria aus solchem Misstrauen hervor. Gibt nun der Verkäufer zugleich Credit (fidem sequitur), so bedeutet die dingliche Wirkung gerade dies, dass die nachtheiligen Folgen desselben auf die dritten Erwerber der Sache beziehungsweise auf die Concursgläubiger des Käufers abgewälzt wer-

1) Ueber die Früchte vgl. noch besonders L. 5 D. eod. Darnach scheint die Rückgabe der Früchte in älterer Zeit überhaupt nicht selbstverständlich gewesen zu sein. Die bejahende Ansicht wird auf Aristo zurückgeführt; jedenfalls motivirt sie dieser gar nicht aus irgend welcher Rückwirkung, sondern aus der Billigkeit: quia nihil penes eum remanere oporteret ex re in qua fidem fefellisset.

den sollen; der Verkäufer veräussert auf Gefahr dritter Personen. Wenn nun diese Combination von Absichten nicht sanktionirt ist, wenn vielmehr die Wirkung der lex commissoria sich streng auf die Contrahenten beschränkt, — liegt darin etwas Verwunderliches? [1]). Ich sollte doch eher das Gegentheil meinen. Allerdings kann man einwenden, dass im Wesentlichen derselbe Erfolg auch durch ein pactum hypothecae erreicht werden kann. Allein einmal besteht doch mancher nicht unerhebliche Unterschied in der Wirkung (ius offerendi, Herausgabe des Ueberschusses, Einrede der Vorausklage); sodann ist die Hypothek ein Institut von allgemeinster Anwendbarkeit, während es sich hier um die Sanktion eines ganz speciellen Vorbehaltes handeln würde [2]).

Wenden wir uns nun zur Betrachtung der Quellen, so müssen wir alle die Stellen ausscheiden, in welchen gerade die mangelnde Eigenthumsübertragung die Voraussetzung der Vindication [3]) ist.

Es kommen folgende Stellen in Betracht.

1) L. 3 C. de pactis inter emt. (4, 54); ein Reskript von Alexander Severus.

1) Wendt (S. 145) behauptet ohne Weiteres, die lex commissoria „bedeute" einen s. g gedeckten Credit, d. h. sie wolle den Verkäufer gegen die Gefahr des Credits sichern; das ist eben eine petitio principii. Den poenalen Charakter der lex c. hebt Wendt S. 149 fg. an und für sich richtig hervor, leitet daraus aber Consequenzen ab, die sich nicht daraus ergeben, während er die wirkliche Consequenz (Verfall der Anzahlung) ablehnt.

2) Es könnte sich etwa noch darum handeln, ob nicht die lex commissoria in dieser Richtung in ein pactum hypothecae umgedeutet worden ist? Dies ist zu verneinen.

3) Es besteht gar keine Veranlassung, die Vindication, wo sie erwähnt wird, in der künstlichen und willkürlichen Weise zu interpretiren, wie Czyhlarz (S. 54) thut. Gegenüber solcher Auslegung würde ich es — durch keine aprioristische Formel befangen — immer noch vorziehen, die dingliche Rückwirkung als im positiven Rechte begründet anzuerkennen. — Andererseits wird selbst von hervorragenden Schriftstellern, wie z. B. Vangerow (Bd. I S. 154), Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1498; Fitting in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 2 S. 266, der Unterschied zwischen der rei vindicatio, die auf fortdauerndem Eigenthum des Verkäufers beruht und derjenigen, die den Rückfall desselben voraussetzen würde, nicht berücksichtigt.

Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se revertatur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Es besteht kein irgendwie stichhaltiger Grund, diese Verordnung auf eine andere Nebenverabredung als die lex commissoria zu beziehen [1]). Auch gebraucht der Kaiser sogar einen Ausdruck, der, wenn Ausdrücke entscheidend wären, nur auf die dingliche Wirkung bezogen werden könnte. Gleichwohl ist der dingliche Rückfall hier so bestimmt als möglich geläugnet. Nur wenn ein Prekarium vorliegt, d. h. wenn keine Eigenthumsübertragung stattgefunden hat, ist die rei vindicatio zulässig, ausserdem nur die Contraktsklage [2]).

2) Hieran schliesst sich die L. 4 C. eod., ein Reskript des nämlichen Kaisers an.

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

Diese Stelle, gerade wie die L. 8 D. cit., kann auf den dinglichen Rückfall nur bezogen werden, wenn Creditirung vorliegt. Aber diese Voraussetzung ist weder ausgesprochen noch angedeutet [3]).

3) Die L. 1 C. eod., ein Reskript von Caracalla,

1) Thibaut im Archiv f. d c. Praxis Bd. 16 S. 493 hat, im Widerspruch mit seiner früheren Ansicht (civil. Abhandlungen S. 377) diese Beziehung geläugnet. Die eine Erklärung ist so willkürlich wie die andere.

2) Dass das Prekarium, welches als das Majus zugleich die blose Detention mit umfasst, (vgl. L. 6 §. 2 de prec. [43, 26]. L. 4 D. loc. [19, 2]) die Negation der Eigenthumsübertragung ist (vgl. z. B. L. 20 D. eod.) halte ich für so sicher, dass es hier keiner weiteren Nachweisung bedarf. Es wird im späteren Zusammenhang darauf zurückzukommen sein. Irrthümliches bei Schulin S. 153, und bei Karlowa Rechtsgeschäft S. 101 fgg. — Wenig befriedigend handelt auch Wendt a. a. O. S. 146 von den einschlägigen Stellen.

3) Wobei zu beachten, dass die römischen Juristen die Creditirung des Kaufpreises, wo etwas darauf ankommt, hervorzuheben pflegen. — Das „debeant“ in L. 8 D. cit. ist zu verstehen als „müssen“ zum Zweck der Erhaltung der lex commissoria. Ohne Beeinträchtigung des Sinnes könnte auch das Wort possint stehen.

Si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est,

erwähnt die Creditirung des Preises ebenfalls nicht und ist ausserdem in dem Ausdruck: dominium ad te pertineret, so überaus zweideutig, dass sie als Zeugniss für den Rückfall gewiss nicht in Anspruch genommen werden kann; nicht einmal die Tradition wird hier erwähnt, und die Schlussworte: fides contractus servanda est sind der Annahme einer dinglichen Wirkung auch nicht günstig.

4) Dazu kommt nun endlich, dass alle Stellen, in welchen man eine Erwähnung der dinglichen Wirkung der lex commissoria erwarten sollte, völliges Stillschweigen beobachten. Dies gilt von L. 3 D. quibus modis pignus (20, 6) und in noch höherem Grade von L. 4 pr. D. cit. In dieser Stelle behandelt Ulpian die Wirkung der lex commissoria principiell, nicht blos bei Gelegenheit der Entscheidung eines concreten Falles; er spricht von der lex commissoria in der objectiv-imperatorischen Formulirung (ut fundus inemtus fieret); er spricht von der Wirkung bezüglich der Sache selbst (quemadmodum venditor agat tam de fundo); er beruft sich auf declarirende kaiserliche Reskripte; aber von der dinglichen Wirkung macht er nicht die geringste Andeutung. Wenn irgendwo, so hat unter diesen Voraussetzungen das Stillschweigen eine beweisende Kraft.

Wir haben also

1) eine Stelle, welche die dingliche Wirkung direkt verneint,

2) einige Stellen, die zum mindesten zweifelhaft sind, weil sie die wesentliche Voraussetzung der dinglichen Wirkung verschweigen,

3) einige Stellen, die die dingliche Wirkung nicht erwähnen, obschon sie zu solcher Erwähnung Veranlassung hätten.

Hieraus ziehe ich das Resultat, dass dem römischen Recht die dingliche Wirkung der lex commissoria schlechterdings, ohne Rücksicht auf gebrauchte Ausdrücke oder sonstige Parteiabsicht, unbekannt ist[1]).

1) Gar nicht hieher gehört L. 31 D. de pignor. (20, 1), welche von Einräumung einer Erbpacht mit lex commissoria handelt. Dass

Auf ganz verschiedenem Wege gelange ich also sowohl für die addictio in diem (im justinianischen Recht) als für die lex commissoria zu dem gleichen Ergebnisse wie Czyhlarz.

Die zur Zeit herrschende Ansicht ist zu Gunsten der dinglichen Wirkung, falls die lex commissoria als „Resolutivbedingung" beabsichtigt ist[1]).

§. 256.

Der Verkäufer kann sich den Rücktritt vom Geschäfte auch unter beliebigen anderen Bedingungen, ja sogar nach seiner Willkür vorbehalten. Dadurch wird der Vollzug nach beiden Seiten hin nicht ausgeschlossen.

Man bezeichnet dieses Rücktrittsrecht des Verkäufers auch als Rückkaufsrecht, die darauf bezügliche Verabredung als pactum de retrovendendo[2]).

Bekannt ist dieser Vorbehalt auch den Quellen, ohne dass er hier eine Ausgestaltung im Einzelnen erhalten hat.

Es handelt davon in den Pandekten

Proculus L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5).

Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscriberet viro, in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum;

und im Codex die L. 2 C. de pact. inter emt. (4, 54), von Alexander, welcher neben der actio praescriptis verbis auch

hier gegebenen Falls die vom Erbpächter bestellten Lasten zusammenfallen, versteht sich von selbst und ist keine specifische Wirkung der lex commissoria, sondern des redire ad dominum, was hier eben den Wegfall der Erbpacht bezeichnet.

1) So z. B. Sintenis a. a. O. A. 31; Unterholzner Bd. II S. 222; Brinz S. 1496 (mit der tröstlichen Bemerkung, dass das obligatorische auf Wiederauflösung gerichtete pactum und die Resolutivbedingung sich oft bis zum Verwechseln ähnlich sehen), Windscheid §. 313. Wendt a. a. O. S. 134 fg. vgl. mit S. 27.

2) Die ältere Theorie hat unterschieden a) zwischen Reukauf, der als Resolutivbedingung wirkt, und b) Wiederkauf, der nur obligatorisch wirkt, Glück Bd. 16 S. 264 fg., 324 fg., wobei dann grosse Unklarheit über die Bedeutung des „Vorvertrages" Anlass zu weiteren Irrthümern gab.

die Contraktsklage gewährt. Auch die L. 7 eod. von Diocletian und die L. 6 C. eod. von Carus gehören ohne Zweifel in diesen Zusammenhang[1]).

Folgende Sätze sind hier hervorzuheben:

1) Die betreffende Verabredung[2]) ist nicht ein Vorvertrag, sondern gewährt dem Verkäufer unmittelbar den Anspruch auf Rückleistung. Insofern ist die Terminologie (sowohl „Rückkaufsrecht" als pactum de retrovendendo) unzutreffend.

2) Das Recht wird regelmässig zeitlich beschränkt sein, sei es ausdrücklich, sei es, dass sich diese Beschränkung aus der Beschaffenheit der Bedingung ergibt[3]). Unbedingt nothwendig ist solche Beschränkung aber nicht[4]).

3) Der rücktretende Verkäufer muss dem Käufer Ersatz der thatsächlich empfangenen Leistung anbieten[5]); möglicher Weise kann auch ein Zuschlag als Conventionalstrafe bedungen sein.

4) Macht der Verkäufer von seinem Recht Gebrauch, so tritt doch in Beziehung auf die Sache keine dingliche Wirkung ein,

1) In beiden Stellen ist der Thatbestand nicht ganz durchsichtig; doch scheint es sich in L 6 C. cit. um einen Verkauf mit einer dem Käufer lästigen Nebenbestimmung gehandelt zu haben; diese findet ihr Aequivalent in dem geringfügigen Preis, der Verkäufer sichert sich aber die Erfüllung durch ein Rücktrittsrecht. — Dass die L. 7 nicht auf die lex commissoria, sondern eben auf unsern Fall zu beziehen ist, beweisen die Worte: data quantitas. Das Bedenken, dass unter dieser Voraussetzung der Verkäufer gar kein Interesse hat, sich an den Kaiser zu wenden, verschwindet, wenn man den Nachdruck auf die zeitliche Beschränkung des Rücktritts legt; in dieser Richtung bittet der Verkäufer um Hilfe gegen den Käufer, der sich ihm entzieht.

2) Vgl. oben S. 278.

3) L. 2, 7 C. cit., L. 13 pr. D. de pignor. act. (13, 7), L. 7 §. 1 D. de distrah. pign. (20, 5).

4) L. 2 C. cit. „quandoque vel intra certa tempora." — Dass im Fall mangelnder Zeitbestimmung die Klagenverjährung vom Momente des Vertragsabschlusses läuft, kann bei richtiger Auffassung des Nebenvertrages keinem Zweifel unterliegen. Ueber ältere Irrthümer vgl. Glück S. 206 fgg. — Uebrigens wird das zeitlich unbegränzte Rücktrittsrecht regelmässig ein gegenseitiges sein.

5) L. 7 C. cit., L. 13 pr. D. de pignor. act. (13, 7), L. 7 §. 1 D. de distrah. pignor. (20, 5). Das Anerbieten muss vor Ablauf der Frist erfolgen; eventuell muss Deposition oder sonstiges Surrogat eintreten; L. 7 C. cit.

wofür denn hier auch bei der ausserordentlichen Manchfaltigkeit und Willkürlichkeit der Bedingungen ein durchgreifender Zweck gar nicht zu erkennen wäre. Sowohl die Pandektenstelle als die L. 2 C. cit. beiben durchaus bei der persönlichen Klage stehen, sei diese nun die Contraktsklage oder eine actio praescriptis verbis. Auch die beiden andern Codexstellen nöthigen in keiner Weise zur Annahme des Gegentheils [1]).

5) Mit der Ausübung des Rücktritts ist jedenfalls insoferne keine vollständige Wiederherstellung des früheren Zustands verbunden, als der Käufer für zufällige Verschlechterung der Sache nicht haftet [2]). Ob sich die Rückgängigmachung auch auf Accessionen und Früchte erstreckt, ist eine thatsächliche Frage des einzelnen Falles; ist sie bezüglich der Früchte zu bejahen, so würde im Zweifel auch die Verzinsung des Kaufpreises beansprucht werden können [3]).

6) Der Kauf mit „Rückkauf" kann zur Erreichung von Zwecken verwendet werden, die auch durch andere Rechtsgeschäfte direkt herbeizuführen sind; namentlich geht der „Rückkauf" in dieser Beziehung mit dem Pfandvertrag parallel: er kann aber auch den Zweck der Miethe u. s. w. in sich schliessen. (vgl. S. 388). Dass es verkehrt ist, in solchen

1) Die Schlussworte der L 6 cit. sind in Beziehung auf die rechtliche Grundlage der Restitution ganz nichtssagend. Die Worte der L. 7: ut iure dominii eam rem retineret könnten sich auf die Verhinderung des dinglichen Rückfalls beziehen; sie können aber ebenso gut blos sagen, dass sich der Verkäufer der Erfüllung einer persönlichen Verpflichtung entziehe. Auch wer seine Schulden nicht bezahlt, behält sein Geld. Die herrschende Theorie — wenn sie auch die ältere Terminologie (S. oben S. 532) nicht mehr gebraucht, lässt doch auch hier ebenfalls „je nach den Umständen" (Sintenis a. a. O A. 2 am Ende) bald dingliche bald obligatorische Wirkung eintreten, und ist geneigt, als Beweis für die erstere die L. 1, 6 und 7 C. cit. in Anspruch zu nehmen. — Vgl. auch Wendt Reurecht Bd. II S. 28, dessen Ausführungen ich hier nicht folgen kann.

2) Umgekehrt kann der Käufer auch auf Grund eingetretener Wertherhöhung keine Erhöhung der Gegenleistung verlangen; auch nicht retentionsweise. Er ist aber auch zur Vornahme einer werthsteigernden Thätigkeit nicht verpflichtet.

3) L. 2 C. cit. spricht nur vom Ersatze der Früchte vom Zeitpunkt der angebotenen Gegenleistung an; mehr sagt auch L. 6 C. eod. nicht.

Fällen ohne Weiteres von einem simulirten Geschäfte oder von einem solchen zu sprechen, welches in fraudem legis geschlossen wird, ist heutzutage ziemlich allgemein anerkannt; die Frage aber, wo die Gränze liegt, kann nur auf einer breiteren Grundlage erörtert werden [1]).

7) Ein Rückkaufsrecht (hier speciell als Einlösungsrecht bezeichnet), kann auch mit dem Pfandverkauf verbunden sein. Und zwar zunächst so, dass der verkaufende Pfandgläubiger diesen Vorbehalt für sich macht. Von diesem Falle ist nichts besonderes zu sagen; es ist zweifellos, dass ein dinglicher Rückfall hier nicht eintritt [2]).

Der Vorbehalt kann aber auch zu Gunsten des Verpfänders, resp. des Pfandeigenthümers gemacht sein. Solcher Verabredung verweigert noch Julian die unmittelbare Wirkung für den letzteren; er kann nur aus dem contractus pigneraticius die Abtretung der Klage des Verkäufers beanspruchen.

L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7).

Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem.

Auch Marcian gewährt dem Verpfänder nur eine persönliche Klage aus dieser Verabredung.

L. 7 §. 1 D. de distract. pign. (20, 5)

Illud inspiciendum est an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam,

1) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 168, 173; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 53 fgg.; Regelsberger bei Endemann II S. 410. — Auch in diesen Fällen handelt es sich meist um ein gegenseitiges Rücktrittsrecht.

2) Weder in dem Sinne, dass das Eigenthum an den Pfandgläubiger fällt, noch in dem Sinn, dass das Pfandrecht von selber wieder auflebt.

wobei es dahin gestellt bleiben möge, ob auch er eine abgetretene Klage im Auge hat.

Die jedenfalls nicht von Julian herrührenden Schlussworte der L. 13 pr. D. cit. gehen aber weiter, insoferne sie dem Verpfänder ausdrücklich eine doppelte Klage verleihen:

sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere.

Die actio in factum ist uns hier ohne Interesse. Was die rei vindicatio anlangt, so ist für das justinianische Recht damit nichts gedient, dass man sie aus dem Mangel von Mancipation und Injurecession erklärt, ganz abgesehen davon, dass für diese Interpretation keinerlei Anhaltspunkt vorliegt [1]). Auch an den Fall, dass der Käufer den Preis noch nicht bezahlt hat, ist nicht wohl zu denken; unter dieser Voraussetzung hätte die ausdrücklich hervorgehobene Bedingung der Erstattung des Preises keinen Sinn [2]). Endlich ist es, wie ich glaube, unzulässig, an eine s. g. rei vindicatio utilis zu denken, die nur gegen den Käufer angestellt werden könnte; diese Auslegung ist ohne Anhaltspunkt und verwischt insbesondere den Gegensatz der rei vindicatio zu der actio in factum, die ausdrücklich als gegen den Käufer gerichtet bezeichnet wird.

Man wird also hier den dinglichen Rückfall anerkennen müssen, wobei die Frage, ob dieser Fortschritt gegenüber der älteren Auffassung schon dem klassischen Rechte (Ulpian) angehört oder auf einer Interpolation beruht, hier von untergeordnetem Interesse erscheint. Ist, wie ich glaube, die zweite Alternative zu bejahen, so liegt eine Analogie des bei der impetratio dominii stattfindenden Verlaufes vor. — Besonders hervorgehoben aber möge noch werden, dass dieser dingliche Rückfall von der besonderen Art der Willenserklärung der Contrahenten ganz unabhängig ist; wenn irgend eine Fassung, so würde die hier vorliegende auf die blos obligatorische Wirkung hinweisen.

1) Czyhlarz a. a. O. S 61.

2) Natürlich involvirt das Recht, nach stattgehabtem Vollzug zurückzutreten, auch das Recht vorher zurückzutreten.

§. 257.

Der Käufer kann sich den Rücktritt vorbehalten unter der Bedingung, dass ein gewisser zur Zeit des Vertragsschlusses nicht erkannter Mangel der Sache innerhalb einer bestimmten Frist hervortritt. Die Verwandtschaft dieses Rücktrittsrechts, welches das Gegenstück einer condicio in praesens collata ist, mit der aedilitischen Redhibition ist einleuchtend; was daher etwa besonderes darüber zu sagen ist, wird zweckmässiger im Zusammenhange dieser Lehre dargestellt werden.

Wohl zu unterscheiden hievon ist aber der Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, dass ein gewisser Mangel der Sache nachträglich eintreten, oder, anders ausgedrückt, dass sich eine beim Vertragsschlusse vorhandene Eigenschaft nicht als dauerhaft erweisen würde.

Das also beschaffene Rücktrittsrecht ist in den Quellen beim Weinkauf, und zwar in der Richtung auf zwei ganz bestimmte Mängel, acor und mucor, genauer ausgebildet; aus den nicht immer ganz zweifellosen Aussprüchen der Quellen — es handelt sich namentlich um die L. 1 und L. 4 D. de periculo (18, 6)[1]) ergeben sich folgende Resultate[2]).

I. An und für sich haftet der Verkäufer aus dem unbedingt geschlossenen Vertrage für den Umschlag des Weines nicht; die Gefahr in dieser Beziehung geht nach allgemeinen Grundsätzen auf den Käufer über.

L. 1 pr. D. cit.

Si vinum venditum acuerit, vel quid alii vitii sustinuerit, emtoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa[3]).

Der Verkäufer kann aber eine Garantie für die Haltbarkeit übernehmen, woraus sich dann nach allgemeinen Grundsätzen Entschädigungsansprüche ergeben.

1) Aus Ulpian's 28. Buch zu Sabinus. Schon die flüchtige Betrachtung zeigt, dass manchfache Kürzungen und Auslassungen stattgefunden haben.

2) Ein anderer Fall (condicio in praesens collata) ist in L. 6 D. eod. behandelt. S. oben S. 405.

3) Vgl. L. 4 §. 1 D. eod. Si aversione vinum veniit, custodia tantum praestanda est; ex hoc apparet, si non ita vinum veniit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emtorem pertinere. L. 2 C. de peric. (4, 48).

L. 15 D. eod. Gaius libr. II quotid.

Si vina quae in doliis erunt venierint eaque antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate[1]) eorum affirmavit venditor, tenebitur emtori.

Diese Gestaltung ist in diesem Zusammenhang ohne Interesse für uns.

Endlich aber kann sich der Verkäufer vertragsmässig der Gefahr des Umschlags unterwerfen. Diese Verabredung ist von der Garantieübernahme verschieden, wie auch sonst in den Quellen die letztere nicht leicht mit dem Ausdruck periculo se subiicere bezeichnet wird [2]).

Vielmehr hat die Uebernahme der Gefahr irgendwie einen Einfluss auf den Bestand des Vertrages selbst, sei es einen suspendirenden oder einen resolvirenden. In beiden Fällen liegt die Bedingung zu Grunde, dass innerhalb gewisser Zeit kein Umschlag eintritt, also eine condicio in futurum, nicht wie im Falle der L. 6 D. eod., eine condicio in praesens collata.

II. Die Zeitdauer dieser Gefahrübernahme kann vertragsmässig bestimmt sein, z. B. bis zur Tradition oder sonstwie.

Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecerit.

Ist die Zeit nicht bestimmt, so dauert die Uebernahme der Gefahr bis zur Vornahme der Probe;

— quodsi non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet quoad degustetur vinum.

III. Solche Weinprobe wurde nun in Beziehung auf acor und mucor ganz regelmässig ausbedungen, so dass wir allerdings aus den Quellen den Eindruck erhalten, dass der darauf bezügliche Vorbehalt als selbstverständlich betrachtet wurde,

L. 4 §. 1 D. cit. Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet,

und auch Gaius geht offenbar in L. 15 D. cit. von der An-

1) Zur „Güte" gehört auch die Dauerhaftigkeit.

2) Vgl. zum Folgenden Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 1 S. 93 fgg. Fitting daselbst Bd. 2 S. 214 fgg. Vangerow Bd. III S. 434 (§. 635 II. A.)

nahme aus, dass in Ermangelung einer Zusage de bonitate dem Käufer ohne Weiteres die Degustation zusteht[1]).

IV. Auch für die Degustation kann ein Termin bestimmt sein; wo nicht, so kann der Verkäufer den Käufer jederzeit zur Vornahme der Probe auffordern.

Die Hinausschiebung der Probe ist offenbar im Interesse des Käufers[2]); je früher dieselbe stattfindet, desto eher ist der Verkäufer seiner Gefahr entledigt. Daher ist die Bestimmung eines Termins die für den Käufer günstigere Gestaltung; er braucht sich vorher auf die Probe nicht einzulassen.

L. 4 §. 1 D. eod — quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit; dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emtoris facit[3]).

1) Im Wesentlichen übereinstimmend Goldschmidt a. a. O. S. 98. Dagegen Fitting a. a. O. S. 205 fgg, Vangerow S. 435. Ich halte die Worte der L. 4 § 1 D. cit. für entscheidend, und kann eine genügende Widerlegung in L. 1 pr. D. cit. nicht finden. Das kaufrechtliche Princip ist, der Verkäufer haftet nicht, er kann aber die Haftung übernehmen. Auf welche Weise dies geschieht, ist hier nicht gesagt. Die L. 15 D. cit kann freilich auch auf ein Probiren vor Abschluss des Contraktes bezogen werden; aber dadurch würde die Garantie für die fortdauernde Güte nicht ausgeschlossen, während doch Gaius offenbar beides, Probiren und Haftung, als sich ausschliessende Gegensätze betrachtet.

2) Es gibt auch Eigenschaften, die durch das Lagern besser werden; alsdann ist die Hinausschiebung im Interesse des Verkäufers und das ganze Verhältniss gestaltet sich demgemäss anders.

3) Merkwürdiger Weise wird diese Stelle meist falsch verstanden, wegen des Wortes poterit. Aber dieses steht in dem eigenthümlich übertragenen Sinne, in dem wir auch im Deutschen von einem „Können“ des Verpflichteten reden, indem wir dabei an das Können des Berechtigten denken („der kann das wohl thun“ statt „er ist verpflichtet es zu thun.“) Der Sinn ist also: ohne Termin kann der Käufer jederzeit probiren, d. h. es kann jederzeit von ihm verlangt werden. Indem man das poterit buchstäblich nimmt, ist man im zweiten Theil der Stelle genöthigt, eine Negation einzuschieben, wodurch der ganz klare Sinn verdreht wird. Irrig auch Goldschmidt a. a. O. S. 95, Vangerow a. a. O. Richtiger Brinz Pandekten S. 1499, der aber auch den wahren Sinn nicht trifft.

V. Gewährt nun der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist keine Gelegenheit zur Degustation, so hängt der weitere Verlauf der Sache von der Frage ab, ob ein suspensiv bedingter Kauf oder ob nur ein bedingtes Rücktrittsrecht vorliegt.

Im ersteren Fall hat der Verkäufer keine Pflicht, die Bedingung zu erfüllen; mit Ablauf der Frist ist der Fall, dass innerhalb derselben die Probe vorgenommen wird, ausgeschlossen, der Vertrag daher zusammengefallen.

Im zweiten Fall dagegen hat der Verkäufer durch jene Weigerung bereits eine vertragsmässige Verpflichtung verletzt, und es tritt daher vielmehr eine Fortdauer seiner Haftung, ja möglicherweise eine Steigerung derselben nach den Grundsätzen der mora ein.

Im Zweifel soll die zweite Auffassung Platz greifen, es handelt sich also regelmässig um ein bedingtes Rücktrittsrecht des Käufers.

L. 4 pr. D. eod. Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quominus degustarentur, utrum praeteritum tantum periculum acoris et mucoris venditor praestare debeat, an vero etiam die praeterito, ut si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat, an vero magis emtio sit soluta[1]), quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata? Et intererit, quid actum sit, ego autem arbitror si hoc in occulto sit dicendum esse emtionem manere, periculum autem ad venditorem respicere ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est[2]).

Insbesondere wird nun gerade auch hierin der von Ulpian nicht weiter verfolgte Unterschied gegenüber dem Falle zu erblicken sein, wenn der Verkäufer die Gefahr einfach[3]) auf eine gewisse Zeit übernimmt; hier werden wir eher ge-

1) Das Wort soluta bedeutet das Zusammenfallen durch die Deficienz der Bedingung, gerade wie das Wort extinguat in L. 10 §. 5 D. de j. d. (23, 3).

2) Hieher wird auch L. 51 pr. D. de a. e. v. (19, 1) bezogen werden können. — Die im Text vorgetragene Ansicht ist durch die Ausführungen von Goldschmidt, auf die hier auch im einzelnen verwiesen werden kann, die herrschende geworden.

3) h. h. ohne Verabredung der Probe.

neigt sein, eine (suspensive) Bedingung anzunehmen („der Wein wird verkauft, falls er innerhalb der Zeit nicht umschlägt").

VI. Die Annahme eines resolutiven Vorbehalts im Falle der Probe wird aber auch noch durch andere Umstände unterstützt [1]).

1) Durch die Fassung der Bestimmung mit „ut ne" [2]). Dieselbe deutet nicht auf condicio, sondern auf lex.

2) Noch mehr aber durch den Umstand, dass sich auch der Käufer der vorbehaltenen Probe nicht entziehen kann. Findet er sich zur Probe nicht ein, so gilt der Wein als geprüft und der Verkäufer ist seiner Verantwortlichkeit entledigt [3]).

L. 15 D. cit.

— quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum; quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet [4]).

VII. Was nun das Ergebniss der Probe anlangt, so kann dasselbe selbstverständlich nicht nach Willkür festgestellt werden, sondern nur nach dem wahren Befund [5]), weshalb auch keine Partei gehindert ist, zur Sicherung des künftigen Beweises Sachverständige zuzuziehen [6]). (Vgl. oben S. 227). Andererseits ist das Resultat der Probe schlechterdings entscheidend. Kein Theil kann dasselbe durch Berufung auf Irrthum umstossen [7]). Dem Verkäufer insbesondere ist der Gegenbeweis, dass der Mangel erst durch Einwirkung zufälliger

1) Vgl. auch Cato d. R. R. c. 148. Es ist natürlich sehr bedenklich, den Gegensatz zwischen Bedingung und Rücktritt, der noch den klassischen Juristen nicht immer ganz geläufig war, in die Zeiten Cato's zurückzuverlegen. Sprechen die Worte quod neque etc. mehr für Bedingung, so deuten die folgenden Worte mehr für Rücktritt.

2) L. 4 §. 1 D. cit.

3) So schon bei Cato: si non ita fecerit, vinum pro degustato erit.

4) Vgl. L. 51 pr. D. de a. e. v. (19, 1). Auch ergibt sich erst auf der Grundlage des unbedingten Geschäfts die Parallele mit dem Kauf nach dem Maasse, die in L. 34 §. 5 D. h. t. hervortritt. (Vgl. auch den Uebergang des § 1 der L. 1 D. cit.)

5) Wenn es daher in L. 34 §. 5 D. h. t heisst: gustus enim ad hoc proficit ut improbare liceat, so ist dies nicht im Sinne einer willkürlichen Befugniss zu verstehen.

6) Es kann auch den Sachverständigen vertragsmässig die Entscheidung übertragen sein. L. 11 §. 13 D. quod vi aut clam (43, 24).

7) Abgesehen natürlich von Betrug des Gegners.

Umstände eingetreten sei, schlechterdings verschlossen; der Käufer dagegen muss den nach der Degustation eintretenden Umschlag auf sich nehmen, soferne dabei nicht ein vertragswidriges Verhalten des Verkäufers mitwirkt[1]).

VIII. Von der Gefahr des Umschlags ist zu unterscheiden die Gefahr des Untergangs des Weines selbst. Für den suspensiv bedingten Kauf bedarf es hierüber keiner Erörterung; es muss aber behauptet werden, dass auch beim resolutiven Vorbehalt diese Gefahr den Verkäufer trifft, und zwar ohne Unterschied, ob für die Probe ein Termin bestimmt ist oder nicht[2]). Dieser Satz lässt sich nicht mit logischer Nothwendigkeit deduciren[3]); er beruht auf durchaus praktischen Erwägungen. Das Rücktrittsrecht ist im Interesse des Käufers; die Consequenz ist, dass die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit des Degustirens nicht zu seinem Nachtheil gereichen darf.

Auf diese Weise fällt also hier einer der wesentlichsten Unterschiede zwischen dem unbedingten und dem bedingten Kaufe hinweg, und unser Fall nähert sich auch in dieser Beziehung dem Kauf nach dem Maasse.

IX. Der Vorbehalt der Probe schliesst an und für sich den Vollzug des Geschäfts nicht aus, wie dasselbe umgekehrt trotz Vornahme der Probe noch ferner unvollzogen bleiben kann. Aber auch das vollzogene Geschäft kann ganz in derselben Weise wie das suspensiv bedingte und der Kauf nach dem Maasse als ein noch unfertiges bezeichnet werden, so lange die Sache an den Verkäufer zurückkehren, beziehungsweise auf seine Gefahr untergehen kann; prope quasi nondum venit; erst mit dem Wegfall des Rücktrittsrechts quasi plenissime venit. In der That gebraucht Ulpian diesen letztern Ausdruck an einer Stelle, wo er die Frage, ob suspensive oder resolutive Wirkung, noch gar nicht erörtert hat[4]).

1) L. 15 D. cit.

2) So unterscheidet Brinz a. a. O. Aber gerade wenn kein Termin besteht, hat ja der Verkäufer jeden Augenblick die Initiative, um den definitiven Zustand herbeizuführen.

3) So wenig sich das Gegentheil so beweisen lässt, wie die herrschende Meinung thut; vgl. z. B. Vangerow a. a. O. S. 2.

4) Vgl. L. 1 pr. D. cit. am Ende. Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc

Oft aber wird dem Vollzuge hier ein anderes Hinderniss im Wege stehen, und dann tritt wieder die Aehnlichkeit mit dem suspensiven Geschäft nur um so mehr hervor. Häufig nämlich wird zugleich der Kaufpreis nach dem Maasse bestimmt sein[1]), so dass noch das Messen hinzukommen muss; oder das Zumessen wird mit einer Umfüllung verbunden sein, oder beide Umstände treffen zusammen[2]).

X. Ist noch vor der Probe vollzogen, so haben wir keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Rücktritt des Käufers andere als obligatorische Wirkungen hat[3]). Die Fassung der Verabredung selbst wird gerade in diesem Falle am wenigsten als massgebend betrachtet werden können; denn falls es einer solchen überhaupt bedurfte, so scheint sie jedenfalls nicht auf die Wirkung, (inemtum esse u. s. w.), sondern auf die Ursache (degustatio) gerichtet gewesen zu sein[4]).

XI. In diesen Bestimmungen liegt nun durchaus nichts Singuläres. Bleiben wir nicht an der für unsere Zwecke ganz untergeordneten Frage haften, ob der Vorbehalt der Probe beim Verkauf selbstverständlich war oder nicht und ob er sich blos auf acor und mucor bezogen hat[5]), so liegt hier eine Verabredung vor, die auf andere Sachen und auf andere Eigen-

esse periculum venditoris, nisi aliud convenit. Erst nachher (§. 2) erörtert Ulpian die Frage, ob im Signiren eine Uebergabe liege. Daraus folgt, dass, auch wenn sie im bejahenden Sinne zu beantworten wäre, die gleiche Entscheidung erfolgen müsste. Hat die Signirung blos die Bedeutung der Feststellung der Identität, so hat eigentlich die ganze Frage keinen Sinn. Davon später in anderem Zusammenhange.

1) Darauf deutet das Wort aversione in L. 4 §. 1 D. cit. In diesem Falle ist dann auch der Uebergang der Gefahr noch aus einer zweiten Ursache aufgehalten.

2) Aus diesem Grunde identificirt die L. 2 C. de peric. (4, 48) ohne Weiteres Zumessen und Uebergeben; sehr mit Unrecht hat man aus dieser Stelle Schwierigkeiten für die Lehre vom Perikulum ableiten wollen.

3) Die jetzt herrschende Meinung nimmt auch hier eine Resolutivbedingung an. Vgl. Vangerow a. a. O.

4) Vgl. Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 17 S. 356.

5) Vgl. Brinz a. a. O. gegen Goldschmidt, dessen Ansicht die begründetere zu sein scheint.

schaften, die der Verschlechterung innerhalb gewisser kürzerer Frist[1]) ausgesetzt sind, jederzeit angewendet werden kann.

§. 258.

Der Kaufvertrag kann ferner unter dem Vorbehalt abgeschlossen sein, dass dem Käufer lediglich nach seiner Willkür der Rücktritt offen stehen soll. Dieses Geschäft bezeichnet man als resolutiv bedingten Kauf auf Probe[2]); den Vorbehalt selbst als pactum displicentiae[3]).

Ist nun an dieser Stelle über den Begriff der Willkür selbst nichts mehr zu sagen (vgl. oben S. 227), so ist dagegen über eine Reihe von andern Fragen eingehende Erörterung nöthig[4]).

I. Das pactum displicentiae kommt in den Quellen unzweifelhaft vor als Vertrag mit lediglich obligatorischer Wirkung. Insoferne wird es in Beziehung zu dem Edikt der Aedilen gesetzt[5]). Der Zusammenhang ist klar[6]): nach diesem Edikt kann der Kauf rückgängig gemacht werden auf Grund hervortretender Mängel; es kann aber auch vertragsmässig die Rückgängigmachung einfach in das Missfallen des Käufers verstellt werden.

1) Denn auf lange Fristen wird sich in der Regel der Verkäufer nicht einlassen.

2) L. 3 D. h. t. Si res ita distracta sit ut si displicuisset inemta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emtionem sub condicione. Vgl. L. 2 §. 5 D. pro emt. (41, 4). Sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut si displicuerit, intra diem certum inemta sit.

3) Vgl. im Allgemeinen Vangerow Bd. III §. 635 S. 435; Windscheid §. 387 A. 7.

4) Es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob suspensiv bedingter Kauf auf Probe oder ob Kauf mit resolutivem Vorbehalt beabsichtigt ist. Das Handelsgesetzbuch Art. 339 Abs. 1 stellt bekanntlich eine Präsumtion zu Gunsten der ersteren Alternative auf. Nach gemeinem Rechte würde, wie ich glaube, die Praesumtion für den definitiven Abschluss eintreten müssen (vgl. oben S. 450). Anders, und von seinem Standpunkt aus consequent Windscheid §. 387 A. 8.

5) L. 31 §. 22 fgg. D. de aed. ed. (21, 1) Ulpianus lib. I. ad Edict. aed. currul. Vgl. auch die Inskription von L. 6 D. de resc. vend (18, 5), in welcher Stelle die proxima emti in factum actio ohne Zweifel gerade auf die redhibitoria zu beziehen ist (Czyhlarz a. a. O. S. 47 A. 12); Vat. frag. §. 14.

6) Vgl. Bd. I S. 431 A. 1.

Dieser Zusammenhang tritt namentlich auch hervor in L. 4 C. de aed. act. (4, 58) von Diocletian und Maximian:

Si praedium quis ea lege comparaverit, ut si displicuisset inemtum sit, id utpote sub condicione venditum resolvi et redhibitoriam adversus venditorem competere palam est. Idem observatur et si pestibilis fundus, id est pestibulas vel herbam letiferam habens ignorante emtore distractus sit; nam in hoc etiam casu per eandem actionem eum quoque redhibendum esse.

Dass die actio redhibitoria in dieser Anwendung wesentlich anders formulirt sein musste, als in dem ursprünglichen Falle der nicht vertragsmässigen Redhibition, ist an sich unzweifelhaft und wird insbesondere auch durch L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1) bestätigt; die Formel im Einzelnen zu reconstruiren, ist wohl nicht möglich[1]). Lässt sich der Verkäufer die Redhibition gutwillig gefallen, was ja hier die Regel sein wird, so findet nur die actio in factum de reciperando pretio statt[2]), von welcher Ulpian in L. 31 §. 17 genauer spricht und an welche speciell auch der Verfasser des §. 14 der vaticanischen Fragmente gedacht zu haben scheint.

Schon frühzeitig aber gelangte man zu der Erkenntniss, dass auch die Contraktsklage hier, so gut wie bei anderen resolutiven Nebenverabredungen, statthaft sein müsse. Bereits Labeo und Sabinus haben den Satz gekannt:

Redhibitionem quoque contineri emti iudicio[3]).

1) Vgl. Lenel Ediktum S 442 Nr. 7. „Die Fassung muss bis auf das Vorhandensein der gewöhnlichen Arbitrarclausel dahingestellt bleiben."

2) Vgl. Lenel a. a. O. S. 441.

3) L. 11 §. 3 D. de a. e. v. (19, 1). — Vgl. Vat. frag. §. 14 cit. Der Sinn dieser Stelle ist der: die Contraktsklage findet auch statt zum Vollzug der auf den Rücktritt bezüglichen Verabredungen, quoniam eo iure contractum in exordio videtur. Dagegen könnte man geltend machen, dass die Aedilen doch eine besondere Klage proponirt hatten. Allein diese Klage ist gar nicht nöthig, wenn das pactum displicentiae sofort dem Vertrage beigefügt ist. Ob aus diesem Schlusssatze gefolgert werden darf, dass die Aedilen auch ein nachträglich geschlossenes pactum displicentiae geschützt haben, muss unentschieden bleiben; für das geltende Recht ist diese Frage ohnedem gleichgiltig. Die Ansicht von Czyhlarz

Ob sich derselbe blos auf die vermöge des pactum displicentiae eintretende Redhibition bezog, mag hier dahingestellt bleiben; dass er sich im Sinne von Sabinus auch darauf bezog, beweist die schon angeführte L. 6 D. de resc. vend. (18, 5)[1].

II. Das Recht des Rücktritts kann zwar durch ausdrückliche Verabredung auf immer (in perpetuum) gewährt sein[2]. Die zeitliche Beschränkung liegt aber gerade hier so sehr in der Natur der Sache, dass die Aedilen sogar eine subsidiäre[3]) Bestimmung getroffen haben. Diese gesetzliche Frist bezieht sich nicht blos auf die Erklärung des Widerrufs, sondern auch eventuell auf die Erhebung der Klage; sie ist daher ein tempus utile, und zwar von sechzig Tagen.

L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1):

Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur; si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies

(a. a. O. S. 47), dass die actio emti keine von der redhibitoria materiell verschiedene Klage sei, ist hier unrichtig. Die actio emti hat keineswegs etwa die aedilitischen Grundsätze — abgesehen von der Frist (s. unten) — recipirt; sie steht auf Grund des pactum adiectum selbständig zu, wie dies ja der §. 14 der vat. fragm. ausdrücklich sagt. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber der actio redhibitoria auf Grund verborgener Mängel.

1) Nach Windscheid (§. 387 A. 7, §. 323 A. 14) trat das Recht der actio redhibitoria auch beim obligatorisch wirkenden pactum displicentiae nur ein, wenn die Parteien die Anwendung dieses Rechts gewollt hatten, auf welchen Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen wurde, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks redhibere, „vielleicht auch" des Ausdrucks inemtum esse. Diese Ansicht ist unbegründet; richtig ist nur, dass das Recht der redhibitoria hier durch Verabredungen leichter modificirt werden konnte, als da, wo es nicht auf vertragsmässiger Basis beruhte. Wie hier Czyhlarz a. a. O. S. 43.

2) In welchem Falle natürlich die gewöhnliche Klagenverjährung eintritt.

3) In der Subsidiarität dieser Frist liegt wohl die erheblichste Abweichung gegenüber der gewöhnlichen actio redhibitoria. Denn die Annahme, dass durch Festsetzung einer längeren Frist die actio redhibitoria ganz ausgeschlossen sei, würde weder in L. 31 §. 22 D. cit. — wo der Ton auf sexaginta dies zu legen ist, noch in den sonstigen Quellenstellen einen Anhaltspunkt finden.

utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non; si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere.

Jedoch wird aus besonderen Gründen die Klage auch noch nach Ablauf der Frist gestattet; namentlich wird als solcher Grund angegeben der Verzug oder die Unzugänglichkeit des Verkäufers.

Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitoria praeteriit, causa cognita iudicium dabitur. In causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem aut non fuit praesens cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit cur intra diem redhibitum mancipium non est.

Nun liegt aber das Bedenken nahe, dass, wenn die Zeit der Klagestellung ein tempus utile war, jedenfalls eine Versäumniss aus Gründen, die in der Person des Gegners lagen, gar nicht eintreten konnte. Erwägt man nun, dass die concurrirende actio emti überhaupt nicht an eine Frist gebunden war, noch in einer bestimmten Richtung zu einer befristeten Klage gemacht werden konnte; erwägt man ferner, dass am Schlusse der Stelle nur von einer Befristung der Redhibition selbst die Rede ist, so scheint es mir nicht zweifelhaft, dass hier eine ungeschickte Verarbeitung vorliegt. Darauf deutet auch weiter der Umstand hin, dass im Folgenden von hae actiones die Rede ist. Justinian hätte die actio in factum ganz streichen und die Versäumniss in unzweifelhafter Weise auf die Erklärung des Widerrufs beziehen müssen. Jedenfalls hat für uns die actio in factum keine besondere Bedeutung mehr; und als geltendes Recht bleibt daher lediglich der Satz übrig, dass für die Erklärung des Widerrufs dem Gegner gegenüber eine Frist von sechzig Tagen besteht, die aus besondern Gründen auch ohne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlängert werden kann [1]).

III. Indem das pactum displicentiae lediglich obligatorisch wirkt, ergibt sich von selbst die Consequenz, dass auch die vom Käufer in der Zwischenzeit eingeräumten dinglichen Rechte nicht von selbst erlöschen. Andererseits braucht der Verkäufer

1) Die herrschende Ansicht geht, so viel ich sehe, durchaus dahin, dass die sechzig Tage Erklärungs-, nicht Klagefrist sind. Glück Bd. 16 S. 228; Sintenis §. 101 A. 3. Unterholzner §. 431; Windscheid §. 387 A. 7.

die Sache nur nach erfolgter Befreiung von denselben, beziehungsweise gegen Leistung von Caution zurückzunehmen [1]).

L. 3 D. quib. mod. pignus. (20, 6)

— quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. [2]).

IV. Eine besonders bestrittene Frage ist die nach dem Perikulum [3]).

Die Unbilligkeit, dass dasselbe schlechthin dem Verkäufer überbürdet sein soll, liegt auf der Hand; andererseits enthält die L. 31 §. 24 D. de aed. ed. (21, 1) die ausdrückliche Vorschrift, dass es de mortuo redhibendo gerade so zu halten sei, wie bei der nicht vertragsmässigen Redhibition [4]), und diese kann bekanntlich auch noch nach dem Untergang der Sache eintreten [5]).

Durch dieses Ergebniss hat sich Fitting bestimmen lassen, neben der redhibitorischen Gestaltung des Verhältnisses auch noch die Möglichkeit einer — im Uebrigen nur obligatorisch wirkenden — Resolutivbedingung anzunehmen, vermöge deren die Gefahr beim Käufer bleiben würde. Dieser letztere Erfolg ist nun freilich sehr zweifelhaft; Andere, wie z. B. Windscheid, sind vielmehr der Ansicht, dass gerade nach dem „reinen Recht der Resolutivbedingung" die Gefahr den Verkäufer treffen muss [6]).

Mit solchen Formeln ist wenig gedient; handelt es sich in jedem Falle um einen Vertrag, so kann doch auch

1) Dass der Käufer in der Zwischenzeit Eigenthümer, resp. Usukapionsbesitzer ist und dass im Falle der Rückgabe accessio possessionis stattfindet, daran soll hier nur noch einmal erinnert werden. L. 2 §. 5 D. pro emt. (41, 4); L. 19 D. de usucap. (41, 3); L. 6 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3); L. 11 §. 13 D. quod vi aut clam (43, 24).

2) Vgl. L. 21 §. 1, L. 43 §. 8 D. de aed. ed. (21, 1).

3) Vgl. Wendt a. a. O. S. 109 fgg.

4) Der Versuch von Unger, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 3 S. 413 A. 26, diese Stelle dahin zu erklären, dass die Redhibition noch zulässig sei, wenn die Sache nach erklärtem Rücktritt untergeht, ist so offenbar willkürlich, dass er nirgends Anklang gefunden hat.

5) L. 47 §. 1, L. 48 D. de aed. ed. (21, 1).

6) Windscheid §. 387 A. 10.

nur der durch den Parteiwillen festgestellte Inhalt desselben in erster Linie entscheidend ins Gewicht fallen [1]).

1) Dass der Verkäufer die Gefahr übernimmt, ist keine nothwendige Consequenz des dem Käufer eingeräumten Rücktrittsrechts. Sehr häufig macht im heutigen Verkehr der Verkäufer sich verbindlich, die Sache, falls sie dem Käufer nicht zusagt, zurückzunehmen [2]). Dieses Wort ist hier nach der Meinung der Parteien und namentlich nach der des Verkäufers buchstäblich zu verstehen [3]).; der zu einem geschäftlichen Entgegenkommen bereite Verkäufer hat mit nichten die Absicht, den Vortheil des Verkaufes schlechthin in die Willkür des Käufers zu stellen; er will, soweit es sich um die Gefahr handelt, die Sache definitiv los haben; er ist nur bereit, das Geld gegen Rückgabe der Sache und zwar gegen Rückgabe im unveränderten Zustand zu erstatten; das periculum interitus und deteriorationis trägt der Käufer [4]).

Eine solche Verabredung liegt ohne Zweifel vor in L. 1 C. quando decreto (5, 72):

1) Dies ist ganz unbestreitbar, soweit es sich um die Zuständigkeit der Contraktsklage handelt. Ob die actio redhibitoria einen gewissen typischen Inhalt der Verabredung voraussetzte, muss bei der Dürftigkeit des Quellenmaterials dahingestellt bleiben, ist auch für das geltende Recht irrelevant. Es ist mir aber nicht zweifelhaft, dass, da diese ganze Klage auf vertragsmässiger Basis beruhte, auch das redhibere, wenn es auch in der Formel stereotyp war, durch Parteiübereinkunft genauer bestimmt und begränzt werden konnte; vgl auch L. 6 D. de resc. vend. (18, 5), wo von reddere die Rede ist, das eine sinnlichere Bedeutung hat als redhibere.

2) Solche Vorbehalte kommen namentlich da vor, wo Jemand für eine dritte Person kauft. Ebenso in Beziehung auf Accessionen (Fässer u. s. w.)

3) Das deutsche Wort „zurücknehmen" kann natürlich nicht nach der Bedeutung des lateinischen Worts redhibere interpretirt werden; dieses letztere hat seine sinnliche Bedeutung allmälig abgestreift. Vgl. Windscheid §. 387 A. 10 am Ende.

4) Eine Abschwächung dieser Verabredung ist es, wenn sich der Verkäufer verpflichtet, die Sache auf Verlangen „umzutauschen"; sei es gegen ein anderes Exemplar derselben Gattung, sei es gegen eine Sache anderer Gattung. Wer denkt hier daran, dass den Verkäufer die Gefahr trifft?

Si probare potes patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse ut *reddito tibi praedio* pretium reciperet, id quod convenit servabitur; neque enim in ea re auctoritas praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant.

Die Stelle kann nicht auf einen nachträglichen contrarius consensus bezogen werden; aus demselben würde sich keine Verpflichtung der Erfüllung ergeben. (Oben S. 476)[1]. Handelt es sich aber um einen vorbehaltenen Rücktritt des Käufers, so ist die ausdrückliche Voraussetzung desselben die Rückgabe des Grundstücks; ich sehe nicht ein, mit welchem Rechte man diese Verabredung dahin interpretiren könnte, dass der Verkäufer auch ohne Rückgabe den Preis erstatten müsste[2].

2) Unzweifelhaft ist aber auch eine weitergehende Verabredung möglich; das dem Käufer vorbehaltene displicere kann auch als das keiner weiteren Motivirung bedürfende Urtheil verstanden werden: „Ich hätte die Sache gar nicht kaufen sollen;“ und der Verkäufer, der sich diesem *Urtheil* unterwirft, verpflichtet sich damit, an seinem Theile den früheren Zustand wieder herzustellen[3]. Es ist mir nicht zweifelhaft, dass die Römer die Formel „si res *displicuisset*“ (vgl. oben S. 400) in diesem Sinne auszulegen geneigt waren. Wie die gewöhnliche redhibitoria den Vorwurf des Käufers gegen den Verkäufer: „Du hättest mir die Sache so wie geschehen gar nicht verkaufen sollen“ zu rechtlicher Relevanz erhebt, so gelangt durch den vertragsmässigen Vorbehalt jenes *will-*

1) Ebensowenig liegt der Thatbestand eines s. g. Rückkaufsrechts vor (oben S. 532). In diesem Falle müsste das Verhältniss der Leistungen gerade das umgekehrte sein; ut reddito pretio praedium reciperet. Es ist zu unterstellen, dass der Vater den Rücktritt bereits erklärt hatte, die Vormünder aber Bedenken tragen, denselben zu vollziehen.

2) Vgl. auch L. 6 D de resc. vend. (18, 5) — redderetur; oben S. 549. Will man den Vorbehalt mit *diesem* Inhalt *nicht* als pactum displicentiae, sondern als p. de retroëmendo bezeichnen, so ist dagegen nichts einzuwenden. Nur gibt diese Terminologie als solche gar keinen Anhaltspunkt für die Auslegung im einzelnen Fall. Vgl. *Unterholzner* Bd. II §. 432 (S. 224).

3) Vgl. L. 60 D. de aed. (21, 1). Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si nec emtio nec venditio intercessit.

kürliche Urtheil zur Geltung und Wirksamkeit. Weder jener Vorwurf noch dieses Urtheil werden durch den Untergang der Sache irgendwie unmöglich gemacht. Wohl aber soll der Käufer durch den Vorbehalt günstiger gestellt werden, als wenn er auf den Vorwurf beschränkt wäre; diesen muss er thatsächlich begründen, jenen nicht. Die Consequenz ist, dass durch den Untergang der Sache der Käufer im zweiten Fall nicht schlechter gestellt werden kann wie im ersten. Und diese Consequenz ist denn durch die oben angeführte Stelle, (L. 31 §. 24 D. de aed. ed.), ausdrücklich sanktionirt. Umgekehrt gebühren natürlich unter dieser Voraussetzung dem Verkäufer auch die Früchte und Accessionen der Zwischenzeit [1]).

Dass eine Verabredung mit so weit gehender Benachtheiligung des Verkäufers auch bei uns vorkommen kann, ist unzweifelhaft. Entsteht aber ein Streit über die Auslegung, so ist es ohne Zweifel Sache des Käufers, die thatsächlichen Anhaltspunkte für die weitergehende, ihm günstigere Deutung beizubringen. Im Zweifel braucht daher der Verkäufer nur gegen Rückgabe der unversehrten Sache den Preis zu erstatten; mit andern Worten, im Zweifel trifft den Käufer die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung [2]).

Vielfach wird nun behauptet, dass neben diesem rein obligatorisch und bez. redhibitorisch wirkenden pactum displicentiae der Rücktritt auch mit der Wirkung einer „Resolutivbedingung" ausgemacht sein könne. Das Eigenthümliche dieser Gestaltung soll in dem dinglichen Rückfall des Eigenthums bestehen, womit aber hier ausnahmsweise die Fortdauer der vom Zwischeneigenthümer bestellten dinglichen Rechte

1) Es ergibt sich dann noch die weitere Consequenz, dass der Käufer auch bei verschuldetem Untergang der Sache seinen Rücktritt erklären kann. Nur muss er in diesem Falle alles leisten, was er leisten müsste, wenn die Sache noch vorhanden wäre. Er kann also zu seinem Nachtheil vom Verkäufer beim Wort genommen werden. L. 31 §. 11 D. de aed. ed. (21, 1).

2) Umgekehrt braucht er aber auch blos die Sache zurückzugeben; das Commodum der Zwischenzeit verbleibt ihm.

verbunden wäre[1]). Diese Ansicht muss schlechterdings verworfen werden[2]). Sie erscheint

1) ganz unhaltbar aus inneren Gründen.

Das pactum displicentiae ist ausschliesslich im Interesse des Käufers; noch mehr, es dient nur seiner Willkür; denn die Motive, die er haben mag, davon Gebrauch zu machen, sind rechtlich irrelevant.

Fällt die Sache auf Grund dieser Willkür ohne Weiteres an den Verkäufer zurück, so wälzt damit der Käufer die Folge seiner „Reue" direkt auf den Rechtsnachfolger ab. Statt dass diesem die Sache wieder abgekauft wird[3]), erlischt sein Eigenthum ohne weiteres und ihm bleibt es überlassen, seine Entschädigungsansprüche klagbar geltend zu machen. Und dieses Resultat soll irgendwie befriedigend sein? Man muss dem römischen Recht einen starken Cultus der logischen Formel zutrauen, um an die Möglichkeit einer solchen Construktion zu glauben[4]).

2) Aber auch in den Quellen ist sie nicht begründet. Die Gegner berufen sich auf L. 20 §. 1 D. de praescr. verbis (19, 5), welche Stelle gar nicht hieher gehört; sie ist bereits oben (S. 233) ausführlich besprochen worden. Von der L. 52 §. 3 D. ad leg. Aqu. (9, 2) dagegen ist dort anerkannt worden, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem resolutiven Geschäft handelt, wobei der Vorbehalt nur

1) Dagegen sind die Anhänger dieser Theorie über die Consequenzen bezüglich der Gefahr ganz verschiedener Meinung.

2) In der That ist sie, näher besehen, auch nur aufgestellt resp. festgehalten worden dem Begriff der Resolutivbedingung zu Liebe. Es wäre gegen alle Symmetrie, wenn sich dieser Begriff gerade hier mit einem „vacat" begnügen müsste. In dieser Beziehung ist namentlich die Aeusserung von Vangerow a. a. O. S. 490 überaus charakteristisch. — Sehr gut ist diese herrschende und namentlich von Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 1 S. 112 vertretene Ansicht bereits von Fitting ebendaselbst Bd. 2 S. 240 widerlegt; nur hat sich dieser Schriftsteller durch einen unstichhaltigen Grund abhalten lassen, die volle Consequenz zu ziehen (oben S. 548).

3) Wie dies zum Zweck der Redhibition geschehen muss.

4) Dabei würde der Rechtsnachfolger der Eigenthumsklage des (ersten) Verkäufers gegenüber nicht einmal ein Retentionsrecht haben. — Vgl. Fitting a. a. O.; Wendt a. a. O. S. 122 fg.

nicht negativ, sondern affirmativ formulirt ist. Allein die dingliche Wirkung lässt sich aus der Stelle in keiner Weise darthun. Der Käufer, dessen Sklave von dem probeweise gekauften Stier verletzt worden ist, hat deshalb Entschädigungsansprüche gegen den Verkäufer, falls er den Handel rückgängig macht. Will man dabei an die actio legis Aquiliae oder eine sonstige Deliktsklage denken, so ist die weitere Annahme nöthig, dass der Rückfall mit rückwirkender Kraft eintritt und daher dem Käufer, wie wenn er niemals Eigenthümer gewesen wäre, aus Vorgängen der Zwischenzeit nachträglich Klagen gegen den Verkäufer entstehen, wie wenn dieser immer Eigenthümer gewesen wäre. Allein diese Construktion würde in direktem Widerspruch mit L. 67 §. 3 D. de furt. (47, 2) stehen:

Quum servus inemtus factus sit, non posse emtorem furti agere cum venditore ob id quod is servus post emtionem, antequam redderetur, surripuisset [1]).

Es ist schon oben bemerkt worden, dass diese Stelle kein ausreichendes Argument gegen den dinglichen Rückfall als solchen darbietet; wohl aber ist die Annahme eines Rückfalles mit der eben beschriebenen rückwirkenden Kraft, und folglich die Beziehung der L. 52 D. cit. auf die lex Aquilia dadurch völlig ausgeschlossen [2]).

Andererseits ergibt sich aber ein vollkommen befriedigendes Resultat, wenn man an einen Anspruch aus dem Vertragsverhältnisse selbst denkt. Zu der vollständigen Wiederherstellung des früheren Zustands gehört es auch, dass der redhibirende Käufer vom Verkäufer Entschädigung wegen der ihm vom redhibirten Sklaven zugefügten Delikte erhält.

Sehr prägnant äussert sich hierüber Ulpian in L. 17 §. 2 D. eod.:

Quum autem servus quem emi traditusque mihi est a me redhibeatur, non est in ea causa ut perinde habeatur, ac si meus nunquam fuisset; sed et fuit et desiit; idcirco dicit Sabinus eum, si furtum fecit, in ea causa esse, ut furti eius nomine is qui redhibuit agere non possit. Sed

1) Vgl. auch Czyhlarz a. a. O. S. 47.

2) Man beachte übrigens, dass die Ausdrücke inemtum facere und reddere offenbar als gleichbedeutend gebraucht werden.

etsi non possit, attamen ratio haberi debet eius quod fecit, cum redhiberi coeperit, idque actione redhibitoria continetur [1]).

Nach Analogie dieser Entscheidung kann also auch in unserm Fall Entschädigung verlangt werden. Jedenfalls dann, wenn sich der Verkäufer irgendwie in culpa befindet (durch Verschweigen gefährlicher Eigenschaften); aber auch ohne diese Voraussetzung wird er, wenn er Anspruch auf die Accessionen hat, unter denselben materiellen Voraussetzungen Entschädigung leisten müssen, unter welchen sie ihm ohne den dazwischen liegenden Kauf obgelegen hätte, also nach den Grundsätzen der actio de pauperie. [2]).

Endlich aber

3) enthalten die Quellen sogar eine direkte Widerlegung der herrschenden Ansicht. Diese beruft sich gerade auch auf L. 3 D. quib. modis pignus (20, 6); den Umstand aber, dass hier das Pfandrecht fortdauert, erklärt sie daraus, dass die Herbeiführung der Auflösung von der reinen Willkür des Bestellers abhänge [3]). Allein es ist doch ganz unerklärlich, warum dieser Umstand das Zusammenfallen der partiellen Veräusserungen ausschliessen, das der totalen Veräusserung dagegen nicht ausschliessen soll. Wenn der Käufer seine Willkür nicht

1) Vgl. auch L. 61 §. 3 D. de furt. (47, 2), L. 58 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

2) Man kann gegen diese Erklärung den äussern Umstand geltend machen, dass in der L. 52 D. cit. nur Fälle der lex Aquilia besprochen werden. Dieses Argument wiegt an und für sich nicht schwer, wird aber noch durch folgenden Umstand abgeschwächt. Die Inskription: Alfenus libro secundo Dig ist deshalb bedenklich, weil die übrigen Fragmente aus diesem Buche völlig verschiedene Materien behandeln. Dagegen ist aus dem dritten Buch die L. 30 D. loc. (19, 2), welche zum Theil gerade Fälle behandelt, die auf der Gränze zwischen lex Aquilia und Contraktsklage liegen. Auch L. 23 D. de praescr. verb. (19, 5) aus dem nämlichen Buch gehört in diesen Zusammenhang. — Vgl. über die obige Stelle die nicht ganz zutreffenden Ausführungen von Czyhlarz a. a. O. S. 49.

3) Ganz unhaltbar und ihres Urhebers nicht würdig ist die Erklärung von Puchta, Pand. §. 142 (übereinstimmend Brinz S. 1500, Vangerow S. 437); dagegen Fitting a. a. O. S. 251; Czyhlarz S. 60; Wendt S. 132.

zum Nachtheil der Pfandgläubiger und Servitutberechtigten ausüben darf, wohl aber zum Nachtheil des Nachfolgers im Eigenthum, wo bleibt da die Consequenz? Die Motivirung selbst ist ganz richtig; aber gerade sie hätte doch in erster Linie zur Aufrechterhaltung der totalen Veräusserung führen müssen [1].

1) Vgl. L. 43 § 8 D. de aed. ed. (21, 1). — Die Erklärung von Dernburg (Pfandrecht) Bd. I S. 215, (ähnlich Karlowa Rechtsgeschäft S. 99), scheitert daran, dass a) der Gegensatz von Contrakt und Vollzug in der Stelle nicht angedeutet ist; dass b) diese Trennung beim Kaufe gar nicht nothwendig besteht; c) der Nachweis nicht erbracht ist, dass die der Tradition beigefügte „Resolutivbedingung" allgemein einen dinglichen Rückfall begründet, und d) die Inconsequenz auch bei dieser Erklärung bleibt.

Achtes Kapitel.

Analogieen des Kaufvertrags.

§. 259.

Die rechtliche Sanktion des Kaufes ist von den römischen Juristen und von der kaiserlichen Gesetzgebung auf mancherlei Vorgänge übertragen worden, welchen die Merkmale des Thatbestands des Kaufes fehlen [1]. Der Grund dieser Uebertragung beruht vorzugsweise in der verhältnissmässigen Armuth des römischen Rechts an typischen Rechtsgeschäften, sowohl an obligatorischen als an eigenthumsübertragenden. Dieser Dürftigkeit gegenüber kommt das fortschreitende Bedürfniss des Lebens theilweise gerade dadurch zur Geltung, dass gewisse Thatbestände unter das Recht des Kaufes künstlich subsumirt werden [2].

Vom römischen Standpunkt handelt es sich dabei in Wahrheit um eine Fiktion, denn diese liegt immer vor, wenn die Sanktion unverändert auf einen Thatbestand erstreckt wird, für den sie unmittelbar nicht bestimmt und auf den sie daher auch unmittelbar nicht anwendbar ist; diese Ausdehnung kann daher nur auf die Weise erfolgen, dass der Thatbestand selbst für die rechliche Sanktion anders vorgestellt wird, als er sich in Wirklichkeit verhält [3].

1) Vgl. oben S. 160 III. Etwas ganz anderes ist es natürlich, wenn lediglich die Terminologie des Geschäfts auf andere Thatbestände erstreckt wird. Hier handelt es sich lediglich um eine Nachgiebigkeit gegen den vulgären Sprachgebrauch. So z. B. L. 7 D. qui sine manum. (40, 8).

2) Es handelt sich, wenn auch in viel geringeren Dimensionen, um ähnliche Verhältnisse, wie die, welche der Mancipation zu ihrer Bedeutung als allgemeiner Form der Eigenthumsübertragung verholfen haben. Bd. I S. 222 fg.

3) Bd. I S. 184.

Genauer betrachtet sind die hier in Betracht kommenden Fiktionen nicht gesetzlich, sondern dogmatisch; und daraus erklärt sich zur Genüge, dass daneben wohl auch andere Wege eingeschlagen wurden, um für den Thatbestand eine Sanktion zu gewinnen.

Für uns gestaltet sich die Sache anders. Jene Beschränkung der Sanktion auf gewisse Thatbestände fällt für uns hinweg; und was für die Römer Fiktion war, ist für uns nur noch Analogie; ja selbst diese abgeschwächte Beziehung halten wir doch nur wegen der Beschaffenheit der Quellen aufrecht; in Wirklichkeit handelt es sich um durchaus selbständige Verhältnisse.

Unsere Aufgabe kann daher auch nicht darin bestehen, den positiven Inhalt dieser Verhältnisse hier darzustellen; wir haben nur die Berührungspunkte nachzuweisen, um deren willen die Römer sie gerade in das Gebiet des Kaufes hereinzuziehen veranlasst sein konnten; dieser Nachweis hat für uns zugleich die Bedeutung, dass dadurch jenes Gebiet selbst um so schärfer abgegränzt wird.

Je nach der Stärke der Verwandtschaft können wir diese analogen Fälle in drei Gruppen ordnen.

1) Die erste umfasst diejenigen, in welchen ein auf entgeltlichen Erwerb der Sache gerichteter Vertrag vorliegt, der aber seinem Inhalt nach kein Kaufvertrag ist.

2) In die zweite Gruppe gehören die Fälle, in welchen nur die einseitige Absicht der entgeltlichen Aneignung besteht; und endlich

3) in der dritten und entferntesten Gruppe treten uns die Fälle entgegen, in welchen es auch an dieser einseitigen Absicht fehlt, so dass der „Kauf" als reines juristisches Construktionsmittel erscheint.

§. 260.

I. An die Spitze der ersten Gruppe stellen wir

A. die vertragsmässige Hingabe an Zahlungsstatt [1]).

In einigen Stellen wird dieselbe um ihrer Entgeltlichkeit

1) Vgl. im Allgemeinen Windscheid §. 392 A. 10, Vangerow §. 583 A. 1.

willen lediglich mit dem Kaufe verglichen[1]). Hiebei aber bleiben die römischen Juristen nicht stehen; sie wenden das Recht des Kaufes direkt auf die datio in solutum an, indem sie sich den empirischen Thatbestand selbst so zurechtlegen, dass der Gläubiger die Sache um den dem Betrage seiner Forderung entsprechenden Preis kauft und Preis und Forderung gegen einander compensirt[2]).

Die praktische Consequenz dieser Auffassung tritt namentlich in folgenden Punkten hervor:

a) in der Giltigkeit der nachträglichen Verabredung. Folglich wird auch die sofort abgeschlossene nicht sowohl als pactum adiectum, sondern als venditio condicionalis aufgefasst[3]).

b) in der Behandlung der Eviktion; der Empfänger hat deshalb eine actio emti (utilis) gegen den Hingebenden[4]).

Demgegenüber lässt sich nun aber auch nicht verkennen, dass die empirische Absicht anders beschaffen ist; sie geht nicht auf Kauf mit Compensation, sondern auf Erwerb zum Zwecke der Befriedigung. Daher wird denn auch mit den juristischen Consequenzen jener Theorie nicht Ernst gemacht; sonst müsste z. B. auch die Einrede der Hingabe an Zahlungsstatt als Compensationseinrede behandelt werden[5]), es müsste

1) L. 15 D. quib. ex causis (42, 4); L. 4 §. 31 D. de doli m. exc. (44, 4).

2) Vgl. L. 24 pr. D. de pign. (13, 7); L. 13 C. de pign. (8, 14). Eine datio in solutum liegt daher namentlich auch in Vat. frag. §. 9 vor, wobei die Ernstlichkeit, mit der der Jurist das Vorhandensein des pretium certum constatirt, (oben S. 350) von besonderem Interesse ist. Ebenso handelt es sich in L. 81 pr. D. h. t. um datio in solutum. Das Verhältniss dieses Geschäfts zur lex commissoria kann hier ganz auf sich beruhen.

3) In L. 45 pr. D. de solut. (46, 3) ist von Stipulation die Rede. Allein die Meinung ist nicht die, dass diese Form bei nachträglicher Verabredung nöthig ist, sondern dass auch gegenüber der stipulationsweisen Zusage der datio in solutum der Pfänder die Möglichkeit der Zahlung bestehen bleibt.

4) L. 24 D. de pign. (13, 7), L. 4 C. de evict. (8, 44). Von der Erstreckung der aedilitischen Klagen ist in den Quellen nicht ausdrücklich die Rede. Vegl. Vangerow a. a. O. S. 171.

5) Vgl. dagegen Gai. III, 168, aus welcher Stelle sich ergibt, dass

ferner da, wo die zu tilgende Schuld nicht auf Geld geht, noch ein weiteres Glied der Construktion eingeschoben werden [1]). Aber nicht einmal die Consequenz bezüglich der Eviktion ist strenge festgehalten worden. Bekanntlich findet sich in den Quellen auch die andere Auffassung, dass im Falle der Eviktion die Schuld als nicht getilgt zu betrachten ist; ja eine dritte Construktion, auf die in neuerer Zeit Brinz aufmerksam gemacht hat, legt sich den Vorgang zurecht als erfolgend unter der Voraussetzung der Eigenthumsübertragung, so dass gegebenen Falls das Recht der condictio eintritt [2]).

Sagt man, dass diese Auffassungen sich gegenseitig ausschliessen, so ist dies nicht richtig, soferne dabei die empirische Absicht in Betracht kommt. Diese ist immer die nämliche und das Bewusstsein der möglichen juristischen Gegensätze fehlt derselben vollständig; deshalb ist auch die Zumuthung an den Gläubiger, er solle gegebenen Falles beweisen, welche „Absicht" bestanden habe, auf Unmögliches gerichtet [3]). Wohl aber schliessen die mehreren Sanktionen sich gegenseitig aus; der Gläubiger hat daher unter denselben die Wahl [4]).

jedenfalls die Sabinianer diese Consequenz nicht zogen, indem sie Befreiung ipso iure annahmen.

1) Ebenso würde für die Giltigkeit des Kaufes die Nichtexistenz der Schuld ganz irrelevant sein, während doch ohne Zweifel dem Gebenden hier die Rückforderung der Sache selbst zusteht. L. 26 §. 4 D. de cond. ind. (12, 6). Vgl. ferner über den Einfluss falscher Schätzung L. 46 §. 2 D. de solut. (46, 3).

2) L. 46 D. de solut. (46, 3); L. 8 C. de sententiis (7, 45). Brinz Pand. Bd. II §. 280 A. 12.

3) Man müsste denn annehmen, dass der Vertrag gerade im Hinblick auf die juristische Sanktion mit sachverständiger Ueberlegung und Sorgfalt redigirt ist.

4) Aehnlich, wie z. B. der Gläubiger die Wahl hat zwischen verschiedenen rechtlichen Wirkungen der Beschlagnahme einer Forderung. CPO. §. 736. Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 249 stellt jenes Wahlrecht in Abrede. Dann bleibt nichts übrig als eine Antinomie anzunehmen, welche Annahme doch aus andern Gründen sehr unwahrscheinlich ist.

§. 261.

B. Gewisse Aestimationsverträge[1]).

Im Allgemeinen verstehen wir unter Aestimationsvertrag den Vertrag, durch welchen sich der zur Zurückgabe einer Sache verpflichtete Schuldner[2]) unter gewissen Voraussetzungen verbindlich macht, den Werth derselben zu leisten, sei es, dass derselbe sogleich auch bestimmt wird oder nicht.

Die rechtliche Bedeutung dieser Verabredung kann im Uebrigen eine sehr verschiedene sein: diese verschiedenen Fälle werden nicht immer mit der nöthigen Schärfe auseinandergehalten.

1) Der Schuldner übernimmt vertragsmässig die Gefahr des zufälligen Untergangs des zu restituirenden Objects. Damit braucht nicht nothwendig eine Aestimation verbunden zu sein; der Schuldner kann sich auch zum Ersatz in genere verpflichten. Schon hieraus ergibt sich, dass durch die Verabredung als solche, wenn sie einem bonae fidei negotium beigefügt ist, der Charakter des Geschäfts nicht wesentlich geändert wird; insbesondere ist es die Contraktsklage, mit welcher die Aestimation verlangt wird, und von einer Analogie des Kaufes selbst ist nur etwa insofern die Rede, als das (verschlechterte) Schuldobject selbst dem die Aestimation zahlenden Schuldner als Eigenthum verbleibt; aber der Gedanke, dass sich der Vertrag durch den Untergang der Sache in einen für diesen Fall geschlossenen Kaufvertrag verwandle, ist den römischen Juristen schlechterdings fremd[3]).

1) Wenig lichtvoll handelt hievon Chambon, Erörterungen S. 1 fgg. Vgl. ferner Brinz, kritische Blätter Nr. 1; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 17 S. 388 fg. Wendt ebendaselbst Bd. 22 S. 377 fgg. Das Material ist auch zusammengestellt bei Goldschmidt, Handbuch I, S. 597; II, S. 90 (der zweiten Aufl.)

2) Als Aestimationsvertrag kann man natürlich im weiteren Sinne auch den Vertrag bezeichnen, vermöge dessen ein Dritter unabhängig von sonstiger Verpflichtung den Werth der Sache für den Fall ihres Untergangs zu leisten verspricht (selbständiger Versicherungsvertrag). Hieher gehört Plautus captiv. II, 340. Die Form der Verpflichtung ist hier nothwendig die Stipulation.

3) Mit diesem Gedanken operirt Chambon a. a. O. S. 21 und sonst

Insbesondere wird der Schuldner, der die Aestimation bezahlt, von der ihm sonst nach Massgabe des Vertrags obliegenden Gegenleistung nicht frei; die Aestimation tritt lediglich an die Stelle der Restitution der Sache selbst. Auch steht die Höhe der Aestimationssumme unter der Norm der bona fides und kann daher mittelst der Contraktsklage von beiden Theilen angefochten werden [1].

Solche Aestimation ist auch möglich mit Beziehung auf eine durch condictio oder actio ad exhibendum erzwingbare Rückgabe. Als Beispiel kommt in den Quellen der Fall vor, wenn der Eigenthümer den eines Deliktes verdächtigen Sklaven dem Beschädigten zur Folter überlässt. Diese Ueberlassung erscheint als Vorbereitung der noxae deditio und ist daher analog der Aushändigung der Dotalobjekte vor der Ehe; bleibt die Folterung ohne Resultat, so erfolgt die Rückforderung, je nachdem Eigenthumsübertragung stattgefunden hat oder nicht, mit condictio ob causam datorum oder mit actio ad exhibendum. Dass hier der Empfänger das Perikulum übernimmt, liegt besonders nahe. Dies geschieht durch Stipulation, da für ein klagbares pactum adiectum kein Raum ist. Die Vorstellung, dass der Sklave für den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung verkauft sei, tritt hier nicht hervor; ohne Zweifel deshalb, weil die Grundlage eines bonae fidei negotium fehlt [2].

Der nächste Schritt ist der, dass sich der Eigenthümer des Sklaven die Wahl vorbehält, ob er ihn in natura zurücknehmen oder die Aestimation beanspruchen wolle. Hier ist Papinian geneigt, das Erforderniss der Stipulation fallen zu

oft; vgl. dagegen Brinz a. a. O. S. 14. — Hieher gehören L. 52 §. 8 D. pro socio (17, 2) — pro socio erit actio —; L. 5 §. 3 D. commod. (13, 6), L. 54 §. 2 D. loc. (19, 2); L. 52 D. de don. i. v. et ux. (24, 1).

1) L. 5 §. 5; L. 52 pr. D. de don. i. v. et ux. (24, 1).

2) L. 15 D. de cond. c. d. (12, 4). Ein etwas anderer Fall liegt dann vor, wenn der Sklave in einer fremden Untersuchung gefoltert werden soll. Die lex Julia de adult. hatte dafür ein besonderes Expropriationsrecht und Expropriationsverfahren vorgeschrieben (L. 27, 28 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5). Die allgemeine Regel findet sich bei Paulus S. V, 16 §. 3. Ob die L. 14 D. de quaest. (48, 18) auf diesen oder den Fall im Text zu beziehen ist, steht dahin.

lassen, er betrachtet die Hingabe selbst als unbenannten Realcontrakt[1]). Die Vorstellung eines bedingten Kaufes dagegen liegt auch ihm völlig ferne.

2) Ein wesentlich anderes Verhältniss ergibt sich dann, wenn die Aestimation schlechterdings an die Stelle der Sache treten soll. Alsdann ist, auch nach der empirischen Absicht, ein Kauf vorhanden; und wenn das Geschäft gleichwohl nicht als Kauf bezeichnet wird, so mag die Ursache meist darin liegen, dass dasselbe als Nebenvertrag eines andern Geschäfts z. B. einer Miethe, vorkommt. Auf diesen Fall bezieht sich ohne Zweifel die L. 3 D. locati (19, 2) von Pomponius:

Quum fundus locatur et aestimatum instrumentum colonus acceperit, Proculus ait id agi ut instrumentum emtum habeat colonus, sicut fieret, quum quid aestimatum in dotem daretur.

Die Aestimation hat hier nicht die Bedeutung des Surrogats, sondern des Aequivalents. Ob bei der Uebernahme des abgeschätzten Gutsinventars diese oder eine andere Absicht besteht, ist zunächst quaestio facti; im Zweifel wird die auf definitive Uebernahme gerichtete Absicht praesumirt.

Die Bedeutung eines Aequivalents, nicht eines Surrogats, hat nun die Aestimation gerade auch bei der Dos, worauf auch der Schluss der angeführten Stelle hinweist. Da aber dieses Aequivalent hier gleichwohl nach dotalrechtlichen Grundsätzen zu erstatten ist, so ergibt sich ein complicirtes Verhältniss.

Die römischen Juristen nehmen einen Kauf an: aestimatio venditio est, sagt Ulpian in L. 10 §. 5 D. de j. d. (23, 3). Andere Stellen sprechen sich freilich etwas zurückhaltender aus: so bezeichnet der Kaiser Alexander den Mann als sum-

1) L. 8 D. de praescr. verb. (19, 5). Offenbar fasst Papinian den Vorgang nicht blos als datio ob causam futuram auf, woneben für ein pactum kein Raum ist (nec videri nudum pactum intervenisse), sondern als selbständigen unbenannten Realcontrakt. Dabei ist freilich die Schwierigkeit, dass die causa futura (noxae deditio) daneben bestehen bleibt. Vgl. oben S. 421 A. 3.

mae veluti pretii debitor, und Justinian nennt ihn einen quasi emtor [1]).

In Wirklichkeit liegt weder der empirische Thatbestand des Kaufes vor, noch sind alle rechtlichen Consequenzen gezogen worden, die sich aus der kaufrechtlichen Construktion ergeben würden [2]). Zwar besteht

a) das Moment des Vertrages, der auf den definitiven Erwerb der Dotalobjekte gegen ein Aequivalent gerichtet ist. Allein dieses letztere erscheint gleichwohl nicht als Kaufpreis; sonst müsste weiter ein Schulderlass dotis causa angenommen werden. Vielmehr soll die Geldsumme direkt den Gegenstand der dereinstigen Dotalobligation bilden. Die Sachen selbst werden daher auch gar nicht als Kaufobjekte, sondern als Dotalobjekte betrachtet und bezeichnet [3]).

So wird denn auch das Uneigentliche des Kaufs — gerade mit Rücksicht auf die empirische Absicht, wiederholt hervorgehoben, z. B. von Ulpian in L. 16 D. de j. d. (23, 3)

— quia non simplex venditio sit sed dotis causa,

und noch entschiedener von Paulus in L. 17 §. 1 D. eod.

quia nec alia causa contrahendi fuit.

b) Daher kann der Aestimationsvertrag auch nach bestellter Dos geschlossen werden, obschon doch Niemand seine eigene Sache kaufen kann.

Andererseits tritt er, wenn vor der Ehe geschlossen, erst mit Eingehung derselben in Wirksamkeit; Objekt der allenfallsigen condictio ob c. d. sind die Dotalobjekte selbst. Ulpian nimmt daher eine venditio condicionalis an, die erst durch

1) L. 5 C. de j. d. (5, 12); L. un. §. 9 i. f. C. de r. u. (5, 13).

2) Vgl. mein Dotalrecht II S. 116 fgg. und die damit im Wesentlichen übereinstimmende, theilweise berichtigende Darstellung von Czyhlarz, Dotalrecht S. 151 fgg.

3) Dass auch ein wirklicher Kauf mit Erlass der Kaufpreisforderung vorkommen kann, versteht sich von selbst; gerade dann wird aber die rechtliche Construktion eine mehrfach abweichende sein. — Bezüglich der empirischen Absicht ist von besonderem Interesse L. 78 §. 6 D. de leg. III (32).

Abschluss der Ehe zur vera venditio wird [1]). Dann müsste aber auch der Eigenthumsübergang nothwendig in pendenti bleiben, eine Consequenz, die gleichwohl nirgends gezogen wird. Einfacher legt sich Paulus in L. 17 §. 1 D. de j. d. das Verhältniss zurecht [2]).

Auch ist der Satz, dass der Mann schlechterdings nur die Aestimationssumme, wie einen erlassenen Kaufpreis, zu erstatten habe, unrichtig; er muss gerade auch das leisten, was er auf Grund des Aestimationsvertrags erworben hat, namentlich also den Erwerb aus allenfallsigen Eviktionsansprüchen,

quia non simplex venditio est, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris [3]).

Die positive Bedeutung der kaufrechtlichen Construktion tritt in folgenden Worten einer diocletianischen Verordnung hervor [4]).

Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet iure communi per pactum quod doti insertum est formato contractu ex emto actionem esse.

Es handelt sich darum, eine Grundlage für klagbare Ansprüche des Mannes zu gewinnen. Nothwendig ist diese Grundlage nicht für die dotalrechtlichen Ansprüche der Frau; auch für die permutatio dotis sowie für die Verabredung, dass die Dotalobjekte in genere restituirt werden sollen, genügt das blose pactum adiectum. Ebenso bedarf die Haftung des Mannes für Zufall und umgekehrt das Lukrum der Accessionen nicht der contraktlichen Grundlage. Unentbehrlich ist dieselbe zunächst nur für die Evictionsansprüche. Eine Klage des Mannes kann durch bloses Paktum nicht begründet werden.

1) Diese Annahme erfolgt im Interesse des Mannes, mit Rücksicht auf das Perikulum. L. 10 §. 4, 5 D. de j. d. (23, 3).

2) Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur, quia nec alia causa contrahendi fuerit. Ich halte, was den Eigenthumsübergang anlangt, auch gegenüber dem Widerspruch von Czyhlarz a. a. O. S. 156 A. 4 an meiner früheren Auffassung fest. Auch die L. 2 D. pro dote (41, 9) beweist nicht, dass anticipirte Eigenthumsübertragung unstatthaft ist.

3) L. 16 D. de j. d. (23, 3).

4) L. 10 C. de j. d. (5, 12).

Daneben kann noch an andere Nebenverpflichtungen des Bestellers gedacht werden, die ebenfalls nur mit der actio emti geltend zu machen sind, namentlich die Verpflichtung, die Sache von den darauf ruhenden Lasten zu befreien [1]).

Endlich ergibt sich auch der Ersitzungstitel pro emtore; zwischen diesem und dem titulus pro dote besteht offenbar nicht ein bloser Unterschied im Namen [2]).

3) Ist uns bisher die Aestimation bald als Surrogat bald als Aequivalent erschienen, so kann sie endlich noch als Gegenstand einer alternativen Verbindlichkeit in Betracht kommen. Hieher gehört der schon oben (S. 406) genauer besprochene Fall, von welchem Gaius III, 146 handelt und ebenso der gleichfalls schon (S. 409 fgg.) besprochene Trödelvertrag. Es genügt, auf diese früheren Darstellungen hier zurückzuverweisen, und daran zu erinnern, dass wir im ersteren Falle die unnatürliche Vorstellung des Kaufes fallen lassen, während der Trödelvertrag auch nach heutiger Anschauung noch einen kaufrechtlichen Verlauf nehmen kann.

Auch das Dotalverhältniss ist in diesem Zusammenhang nochmal zu erwähnen. Der Aestimationsvertrag kann nämlich auch alternativ geschlossen sein, sei es, dass dem Manne oder der Frau die Wahl zusteht [3]). —

C. Endlich gehört in diese Gruppe auch die in L. 16 §. 9 D. de pignor. (20, 1) besprochene Uebereinkunft,

1) L. 11 C. de pact. (2, 3), L. 42 §. 1 D. de a. e. v. (19, 1) Czyhlarz a. a. O. S. 154 A. 2.

2) L. 2 D. pro dote (41, 9).

3) Vgl. mein Dotalrecht II, 224; Czyhlarz a. a. O. S. 161. — Hat der Schuldner die Wahl, so wird dieselbe an und für sich durch den zufälligen Untergang der Sache nicht ausgeschlossen. Wohl aber kann auch die vertragsmässige Uebernahme der Gefahr hinzukommen; dann hat die Aestimation die doppelte Bedeutung a) eines alternativen Aequivalents und b) eines Surrogats. Diese doppelte Bedeutung der Aestimation ist namentlich beim Trödelvertrag wohl zu unterscheiden. — Die Frage wegen des Eigenthumsübergangs im Falle alternativer Aestimation liegt uns hier ferne (vgl. S. 412); nur die Bemerkung möge gestattet sein, dass die L. ult. D. de praescr. verb. (19, 5) auch nach der Mommsen'schen Restitution nicht von Aestimation, sondern von alternativem Tausch handelt.

kraft deren der Pfandgläubiger die Sache um das zu ermittelnde iustum pretium zu seiner Befriedigung behalten darf. Diese Uebereinkunft ist keine reine datio in solutum, aber auch kein Kauf; es fehlt die empirische Absicht des Kaufes, statt derselben besteht die Absicht der pfandrechtlichen Befriedigung; es kommen daher auch nicht die Vorschriften vom Kaufpreise (pretium certum) noch die kaufrechtlichen Klagen zur Anwendung; die Vergleichung mit dem Kaufe (mehr spricht auch Marcian nicht aus), würde höchstens in der Zulassung des titulus pro emtore praktisch hervortreten (vgl. S. 350) [1]).

§. 262.

II. Die zweite Gruppe umfasst die Fälle, in welchen Jemand einseitig berechtigt ist, vom Eigenthümer die Ueberlassung der Sache gegen Bezahlung ihres Werthes zu verlangen.

Diese Fälle haben mit dem Kauf das Resultat, Erwerb gegen Geld gemein; da ihnen aber die Grundlage des Vertrages fehlt, so entfernen sie sich gleichwohl vom wahren Kauf noch weiter als die Fälle der ersten Gruppe. Es gehören hieher

a) die Fälle der s. g. Expropriation, die oft fälschlich als gesetzliche Verpflichtung zum Abschlusse eines Kaufvertrages aufgefasst wird. Es kann in dieser Beziehung auf die frühere Darstellung verwiesen werden (oben S. 263 fgg.) [2]).

1) Nur wenn diese Verabredung nachträglich abgeschlossen wird — welchen Fall Marcian nicht im Auge hat — ist die Auffassung als condicionalis venditio für das römische Recht von weitergehender praktischer Bedeutung; alsdann müssten auch die kaufrechtlichen Klagen in Anwendung kommen. Aber es ist klar, dass auch unter dieser Voraussetzung das Geschäft von einem wahren Kauf noch weit entfernt ist. — Gar nicht hieher gehören natürlich die Fälle, in welchen der Pfandgläubiger die Sache wirklich kauft; L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5), L. 20 §. 2 D. de pign. act (13, 7), L. 9 §. 1 D. de Pub. (6, 2). Die L. 44 D. de solut. (46, 3) kann auf diesen Fall (Kauf mit Verabredung der Compensation), aber auch auf datio in solutum bezogen werden. Vgl. im Allgemeinen Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 282.

2) Es ist noch zu bemerken, dass in einem Falle dieser Art, Ex-

b) Der Fall der impetratio dominii. Hier macht sich die Analogie praktisch in der Zuständigkeit der actio emti bei eintretender Eviktion geltend [1]). Das entsprechende Recht des Verpfänders, die Sache innerhalb gewisser Frist wieder auszulösen, wird nicht als Kauf (Rückkauf) aufgefasst.

§. 263.

III. Die Fälle der dritten Gruppe endlich erfordern nicht einmal die einseitige Absicht des Erwerbes; mit einer gewissen in anderer Absicht erfolgenden Leistung ist von Rechtswegen die Wirkung verbunden, dass dem Leistenden ein gewisses Vermögensobjekt zufällt oder doch ein Anspruch auf Ueberlassung desselben entsteht. Hieher gehört:

1) die Bezahlung der Litisaestimation.

Dieselbe wird bald dem Kaufe verglichen, bald ohne Weiteres als Kauf bezeichnet [2]). Verfolgen wir die Parallele genauer, so fehlt

a) die empirische Absicht des Klägers. Dieser muss die Bezahlung der Litisaestimation über sich ergehen lassen; für ihn wirkt der Vorgang als Expropriation; das iusiurandum in litem gab ihm lediglich die Möglichkeit, abschreckend auf den Gegner einzuwirken [3]). Aber

b) auch der Beklagte bezahlt zunächst die Litisaestimation in der Absicht, sich dadurch von einer bestehenden Schuld zu befreien, die ausserdem zwangsweise gegen ihn durchgesetzt wird, und er muss dieselbe bezahlen, auch wenn der Erwerb der Sache nicht erfolgt.

propriation von Sklaven zum Zweck der Folterung in der Untersuchung wegen Ehebruchs, die Klage auf Bezahlung des Aequivalents ausdrücklich als condictio ex lege bezeichnet wird. L. 28 D. de leg. Jul de adult. (48, 5). Allerdings tritt hier auch die Eigenthümlichkeit ein, dass der expropriirte Sklave nicht Eigenthum des Anklägers, sondern Staatssklave (servus publicus) wird; L. 27 §. 11 fgg. D. eod.

1) L. 24 pr. D. de pign. (13, 7). — Vgl. Dernburg a. a. O. S. 241, 245.

2) L. 7 §. 1 D. de Publ. (6, 2); L. 1, 3 D pro emt. (41, 4), L. 22 pr. D rer. amot. (25, 2), L. 21 §. 2 D. de evict. (21, 2), L. 5 §. 1 D. commod. (13, 6).

3) Nicht zutreffend ist daher die in L. 40 D. de r. v. (6, 1) hervortretende Auffassung.

c) Endlich aber tritt dieser Erfolg, wenn die Voraussetzungen bestehen, jedenfalls nach späterem Rechte ganz ohne darauf gerichtete Vorstellung und Absicht ein; der Zahlende wird Eigenthümer, auch wenn er der Meinung ist, dass die Sache nicht mehr existirt u. s. w. Der Erwerb beruht auf naheliegenden Gründen der Billigkeit; er wird daher umgekehrt von der Rechtsordnung versagt, wo er zu unbilligen Ergebnissen führen würde:

ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare [1]).

Es treten daher auch die Wirkungen des Kaufs nur in sehr beschränkter Weise hervor.

Der besitzende Beklagte erwirbt durch Bezahlung der Litisaestimation Eigenthum und beziehungsweise den Ersitzungstitel pro emtore; nicht minder steht ihm die Publiciana i. r. actio zu [2]). Auch kann er, wenn er nicht besitzt, vom Kläger Abtretung seiner Klage verlangen, keineswegs aber die Litisaestimation retiniren, bis ihm der Kläger den Besitz der Sache verschafft [3]). Aber auch jener Anspruch auf Abtretung wird nicht mit actio emti geltend gemacht, sondern setzt eine cautio iudicialis voraus [4]); erst die späteste Entwickelung gewährt eine direkte Hilfe [5]).

Von einer Haftung für Eviktion und für die Mängel der Sache kann hier begreiflicher Weise keine Rede sein.

2) Wenn ein solidarisch Verpflichteter die ganze Schuld bezahlt, so ergibt sich unter Umständen das Postulat der Bil-

1) L. 70 D. r. v. (6, 1). Vgl. L. 21 §. 2 D. de evict. (21, 2).

2) Diese ohne Zweifel mit modificirter Formel. — Die Schwierigkeit der L. 22 pr. D. rer amot. (iudicium imperio continens?) kann hier auf sich beruhen bleiben. — L. 46 D. de r. v. (6, 1).

3) Es ist daher nicht ganz zutreffend, wenn Windscheid §. 193 A. 11 sagt: Der Beklagte kann in diesen Fällen, wie wenn er die Sache gekauft hätte, Abtretung verlangen. Gerade wenn er die Sache gekauft hätte, könnte er mehr als Abtretung verlangen.

4) L. 47 D. de r. v. (6, 1); L. 69, 70 D. eod.

5) L. 63 D. eod. (Papinian). Vgl. L. 17 §. 5, L. 21 D. pr. commod. (13, 6). Windscheid §. 337 A. 2.

ligkeit, dass ihm ein Ersatzanspruch gegen die Mitschuldner verschafft werde.

Zu diesem Zwecke kann der Schuldner den Gläubiger durch exceptio doli zur Abtretung der Klage nöthigen. Die hier sofort hervortretende Schwierigkeit, dass ja diese Forderung durch Zahlung gerade untergeht, wurde durch Umdeutung der Absicht aus dem Wege geräumt; der Schuldner zahlt nicht, sondern er kauft die Forderung. Diese Auffassung führt denn auch zu der Consequenz, dass der Schuldner gegen den Gläubiger, der die Abtretung zusagt aber nicht vollzieht, die actio emti hat[1]).

Ist nun ursprünglich wenigstens noch eine der Zahlung vorhergehende oder sie begleitende Willenserklärung erforderlich, welche als Basis für diese Umdeutung dienen kann, so ist auch dieses Erforderniss später fallen gelassen; der Schuldner kann auch, nachdem er vorbehaltlos bezahlt hat, nachträglich die Abtretung beanspruchen; die Grundlage des Kaufs wird zur reinen Fiktion[2]). Wäre noch der weitere Schritt gemacht, dass die Klage dem Zahlenden ohne Weiteres als actio utilis zusteht, so läge ein der litis aestimatio vollständig gleichartiges Verhältniss vor.

3) Hieran schliesst sich noch das Recht des zahlenden Bürgen an, die Abtretung des Pfandes zu verlangen. Die Annahme des Kaufes ist hier aber so sehr bloses Constructionsmittel, dass sogar die allenfalls wirklich vorhandene Absicht des käuflichen Erwerbes sich im Interesse des Verpfänders eine Umdeutung gefallen lassen muss. (S. 295.)

1) L. 76 D. de solut. (46, 3). Die Klage, mittelst welcher der Vollzug der Abtretung erwirkt wird, ist nirgends näher bezeichnet, aber ich wüsste nicht, an welche andere Klage zu denken wäre als an eine actio emti (utilis).

2) Paulus L. 36 D. de fidejuss. (46, 1); Papinian L. 5 pr. D. de censibus (50, 15). Vgl. Hartmann, die Obligation S. 46 fgg., und in Ihering's Jahrb. Bd. 18 S. 107.

BIBLIOTHECA ... PRAGENSIS

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bechmann, August von

Der Kauf nach gemeinem Recht

Bd.: 2,1

Erlangen [u.a.] 1884

J.rom.m. 33 nf-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637386-2